

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA GARANTIE HYPOTHÉCAIRE

DANS

L'OUVERTURE DE CRÉDIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

Présentée et soutenue le Vendredi 12 juin 1914, à 3 heures

PAR

GEORGES GRANIER

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants : { *M. RENAULT, professeur.*
M. BARTIN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1914

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA GARANTIE HYPOTHÉCAIRE

DANS

L'OUVERTURE DE CRÉDIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Vendredi 12 juin 1914, à 3 heures



PAR

GEORGES GRANIER

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants : { *M. RENAULT, professeur.*
 { *M. BARTIN, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

AVANT-PROPOS

Dès que l'ingéniosité humaine découvre un mode nouveau d'opérer des transactions, les législations ne manquent pas de l'enregistrer et d'en réglementer le principe ; c'est ce qui est arrivé pour les principaux contrats en vigueur aujourd'hui, tels que la vente, le louage ou le prêt, pour n'en citer que quelques-uns ; ce sont des contrats simples, parce qu'ils n'empruntent leur caractère à aucun autre ; ce sont aussi des contrats nécessaires et leur nécessité s'étant faite sentir dans les temps les plus reculés, nous voyons leur réglementation apparaître dès les plus anciennes civilisations.

Mais à côté de ces contrats primordiaux il en est d'autres qui se forment progressivement : ce sont d'abord de simples combinaisons de contrats déjà établis, puis une évolution se fait lentement, et finalement la pratique et l'usage constants leur reconnaissent une autonomie et un caractère indépendants ; le législateur n'a plus qu'à leur appliquer une réglementation particulière ; un exemple typique de cette lente évolution est bien le contrat d'apprentissage qui a eu, en France, les hon-

neurs d'une loi en vingt-deux articles (L. 22 février 1854); tel est encore le contrat d'édition, non encore admis dans les lois françaises, mais réglementé par plusieurs législations étrangères (Code de commerce hongrois, art. 515. — Code fédéral suisse des obligations, art. 372. — Code civil autrichien, art. 1164).

Parmi les contrats qui ont achevé leur période de tâtonnements et qu'une longue et heureuse pratique a définitivement consacrés, mais que la loi n'a pas encore fixés, il en est un particulièrement intéressant : c'est le contrat d'ouverture de crédit ; le contrat simple, duquel on est tenté de le rapprocher au premier abord, est certainement le prêt civil ; cependant, il en diffère profondément ainsi que nous le verrons dans la suite, et il obéit à des règles spéciales que la jurisprudence reconnaît d'une façon ferme et constante depuis plus d'un demi-siècle.

Ce contrat se rattache au droit commercial de par la qualité des personnes qui l'utilisent en général (il suppose normalement l'intervention d'un banquier) ; mais beaucoup de non-commerçants en font aussi un usage fréquent ; aussi emprunte-t-il tantôt les règles du droit civil et tantôt celles du droit commercial.

Il est d'ailleurs à remarquer qu'à l'heure actuelle, les habitudes commerciales tendent à s'immiscer singulièrement dans les besoins de la vie courante ; « notre société va se commercialisant », suivant l'expression de M. Piédelièvre à son cours ; et dans tel ou tel cas, il

serait malaisé de dire si l'on se trouve en présence d'un acte civil ou d'un acte de commerce ; l'ouverture de crédit prête notamment à cette confusion.

Mais quel que soit le caractère qu'on lui prête, civil ou commercial, son utilité n'en est pas moins considérable ; si, par exemple, un industriel ayant confiance en ses forces individuelles veut trouver des fonds, il s'adressera à un banquier pour se faire ouvrir un crédit. Pourquoi ne pas emprunter ? Parce que le prêt civil donne de suite une certaine somme d'argent et met ainsi l'emprunteur dans l'obligation de payer des intérêts ; en cas de crédit ouvert, au contraire, l'emprunteur ne touchera les sommes promises qu'au fur et à mesure de ses besoins, et les intérêts ne courront qu'à dater de chaque versement ; c'est ainsi que suivant l'heureuse formule que Doublet écrivait en 1859, et qui depuis a été confirmée par une constante pratique, « l'ouverture de crédit donne au prêt son à-propos, et l'à-propos est tout en matière de commerce, de spéculation ; elle ôte au prêt sa lourdeur, les chances de ruine ou au moins de gêne qu'il a si souvent pour l'emprunteur ».

Sur le terrain civil, l'utilité de cette institution n'est pas moins efficace ; notamment toute une catégorie de personnes très intéressantes va y trouver son profit : nous voulons parler des agriculteurs ; généralement les plantations, ou même la mise en valeur d'une terre inculte, sont onéreuses : après une année mauvaise, le cultivateur qui n'aura pas d'avances, pourra se trouver

dans l'embarras, pour faire venir la récolte nouvelle ; dans l'un et l'autre cas une ouverture de crédit peut être utile ; il est vrai que, pour parer aux nécessités des exploitations agricoles, une grande institution s'est fondée, le Crédit Foncier, qui essaie de remédier au manque d'avances des agriculteurs ; mais ses conditions sont assez rigoureuses, et tel qui se verra éconduit par cette maison de crédit, sera très heureux de pouvoir recourir au coffre-fort d'un banquier moins exigeant (1).

Tels sont à peu près les avantages que l'ouverture de crédit offre à la personne qui désire se procurer de l'argent ; mais celui qui fournit les sommes demandées est aussi à prendre en considération ; le banquier à qui une avance sera ainsi demandée ne manquera pas de demander des garanties : la meilleure qu'on puisse lui offrir est encore l'hypothèque ; plus loin nous verrons pourquoi.

L'hypothèque trouvera un excellent champ d'exploitation quand le crédit sera ouvert à un propriétaire agriculteur, car il est certain que celui-ci possède au moins le terrain qu'il exploite.

Pour un commerçant, au contraire, si on s'en était tenu à l'application stricte de l'article 2118 du Code civil, il est probable que le banquier n'aurait pas eu souvent la possibilité de recourir à l'hypothèque : la fortune de celui-ci est en effet le plus souvent mobilière et aux termes de la

(1) Il convient aussi de mentionner le crédit agricole dont les applications se sont bien développées dans ces dernières années.

loi « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » (2119 C. civ.).

Mais il est à considérer qu'en matière de garantie le législateur n'a pas laissé en souffrance les nécessités du monde des affaires ; son activité s'est manifestée en d'heureuses innovations ; par exemple, nous voyons cette hypothèque sur les meubles, d'abord sévèrement proscrite (art. 2119 C. civil), prendre maintenant une place importante à tel point que la règle formulée en cet article en est presque réduite à néant ; nous pouvons ainsi signaler comme portant atteinte à ce principe : la loi du 17 mars 1909 sur l'hypothèque des fonds de commerce, celle du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles et enfin celle du 8 août 1913 sur les warrants hôteliers.

Tout est donc pour le mieux ; quand un banquier demandera une garantie pour une ouverture de crédit, l'agriculteur hypothéquera son champ, et le commerçant son fonds de commerce.

L'hypothèque a ainsi dans l'ouverture de crédit un rôle très original et très important : son application ne présente plus guère de difficultés, car, ainsi que nous allons essayer de le démontrer, la jurisprudence les a à peu près toutes définitivement résolues.

INTRODUCTION

Le contrat d'ouverture de crédit et les garanties dont il est susceptible

SECTION I. — Qu'est-ce que l'ouverture de crédit?

L'ouverture de crédit est un contrat né des besoins de la pratique et qui n'est pas réglementé par nos lois ; celles-ci, en effet, ne peuvent prévoir toutes les nécessités de l'activité humaine et laissent à l'usage courant le soin de pourvoir à leurs lacunes.

Avant d'aborder l'étude que nous nous proposons, de la constitution d'hypothèque dans l'ouverture de crédit, il convient d'établir les criteria au moyen desquels il sera possible de reconnaître les cas dans lesquels on se trouve en présence d'un « crédit ouvert ».

Ce contrat, quel est-il ? En trois paragraphes successifs, nous allons en analyser rapidement les caractères généraux, ainsi que les conditions de fonctionnement et les effets qu'il produit.

Nous joindrons à nos développements quelques mots sur le compte-courant, dont le paiement du solde peut

être garanti par une hypothèque, et qui obéit, quant à cela, aux mêmes règles que l'ouverture de crédit.

§ 1. -- Définition de l'ouverture de crédit, ses caractères généraux. — Le compte-courant

L'ouverture de crédit est un contrat synallagmatique; deux personnes au moins s'y trouvent, en effet, en présence; l'une s'engage à fournir des fonds, et porte le nom de créiteur (c'est d'ailleurs généralement un banquier), l'autre s'engage à rembourser les sommes qu'elle aura touchées; cette deuxième personne s'appelle le crédité; c'est souvent un commerçant; mais nous avons déjà expliqué que rien ne s'oppose à ce que ce soit une personne civile, par exemple un agriculteur.

Il faut donc admettre que ce contrat n'a pas par lui-même, un caractère civil ou commercial; comme la vente et tant d'autres contrats, l'ouverture de crédit sera, suivant la qualité des contractants ou des engagements contractés, ou civile ou commerciale. Elle peut même, dans certains cas, avoir à la fois le caractère civil et commercial; ainsi, lorsqu'un non-commerçant se fait ouvrir un crédit chez un banquier : le crédité sera, dans ce cas-là, justiciable des tribunaux civils.

Les deux personnes entre lesquelles intervient le contrat étant ainsi mises en relief, la définition de l'ouverture de crédit devient par le fait très claire : « C'est, suivant la formule de M. Thaller, l'engagement pris par le créiteur de fournir à la demande du crédité et à titre

d'avances, les sommes comprises dans la convention, à la charge, par le crédité, d'en restituer le montant dans un délai déterminé ».

Ce contrat, avons-nous dit, n'est pas réglementé par nos lois; aussi, son interprétation obéit-elle librement à la volonté des parties contractantes. Le fait domine surtout en cette matière: le devoir des tribunaux est de rechercher l'intention qui a présidé à la formation du contrat, plutôt que d'établir des règles fixes, immuables; car, c'est l'usage qui a donné naissance à l'ouverture de crédit; or, l'usage repose exclusivement sur la volonté des contractants.

De la définition donnée ci-dessus, il semblerait résulter que l'ouverture de crédit constitue une promesse de prêt; c'est ce que soutiennent MM. Lyon-Caen et Renault, ainsi que M. Thaller, dans leurs traités de droit commercial; et ceci nous amènerait fatalement à conclure que nous nous trouvons en présence d'un contrat unilatéral, opinion soutenue aussi dans certains ouvrages (Bach, *L'ouverture de crédit*). Mais il nous semble plus juste de dire avec MM. Aubry et Rau (tome III, paragraphe 266, note 71), que « cette convention participe de la nature des contrats synallagmatiques, en ce que le créancier est obligé de tenir les fonds à la disposition du crédité et que l'obligation pour ce dernier de rembourser les sommes qui lui sont avancées est le corrélatif et forme la cause de la promesse du débiteur. »

Aussi, croyons-nous, avec raison, ne pas nous trou-

ver ici en présence d'une promesse de prêt; pour nous, l'ouverture de crédit est un véritable contrat *sui generis* présentant, il est vrai, de grandes analogies, mais aussi des différences profondes avec le prêt ou la promesse de prêt : analogies en ce que l'obligation de rembourser est liée au versement des sommes promises et que la dette n'est exigible qu'à une certaine date, et différence en ce que l'ouverture de crédit permet au crédité de n'exiger que des remises partielles, ou même de n'en pas exiger du tout, s'il n'en sent pas la nécessité.

L'ouverture de crédit est un contrat à titre onéreux; ce caractère est même de l'essence de la convention. Si le crédité n'était pas obligé de rembourser, au cas d'avances faites, ou bien on se trouverait en présence d'un cas d'enrichissement sans cause, ou bien en présence d'un paiement ou d'une libéralité : ce n'est pas le but de ce contrat.

Qui peut ouvrir un crédit? Il n'y a pas d'aptitude spéciale exigée pour une pareille opération, mais, d'une façon générale, ce sont les banquiers qui s'y prêtent; on a aussi parfois rencontré ce genre d'affaires chez les notaires; nous n'en disons pas davantage à ce sujet pour le moment, car nous nous proposons de consacrer aux notaires, à la fin de cette étude, un paragraphe spécial relatif à leurs pouvoirs, très limités en cette matière par la loi du 25 ventôse an XI, l'ordonnance de 1843 et le décret du 30 janvier 1890.

Le crédit peut être ouvert au profit de toute personne

capable de s'obliger, c'est-à-dire dans l'intérêt d'un commerçant aussi bien que dans celui d'un non-commerçant. Toutefois, les règles à suivre varient suivant que le crédit a l'une ou l'autre de ces deux qualités, notamment au point de vue de la preuve du contrat et de la compétence des tribunaux.

Après avoir ainsi rapidement examiné les traits principaux qui caractérisent une ouverture de crédit, il convient de dire quelques mots d'une institution qui en est un corollaire à peu près inséparable, le compte-courant.

Le compte-courant vient d'une façon heureuse compléter l'ouverture de crédit : en effet, si celle-ci est supérieure au prêt civil en ce qu'elle n'a pas l'inconvénient d'accumuler les fonds du prêt et les fonds des rentrées, elle en a sous cette forme un qui lui est propre : elle est limitée ; à un certain moment, le crédit ne pourra plus prendre de fonds et devra par suite rembourser le créancier. Mais cette époque de remboursement peut gêner le crédit ; il faut, en effet, qu'il s'assure pour ce jour la somme totale qu'il a prise ; c'est là une lourde préoccupation pour quelqu'un qui, agissant en grand comme on le fait aujourd'hui, engage tout ou la plupart de ses capitaux. C'est alors qu'intervient à son aide le compte-courant.

Suivant la définition de M. Thaller, il y a compte-courant « lorsque deux correspondants conviennent de faire masse de toutes celles de leurs opérations qui porte-

ront sur des valeurs ou de l'argent (sauf les opérations qu'ils en exceptent ou excepteront), de les rendre connexes, et de les bloquer dans un tout qui se soldera à une époque déterminée ».

Comme pour l'ouverture de crédit, c'est la jurisprudence qui a dégagé les règles du compte-courant; car, sa création provient de l'usage; il n'est mentionné qu'une seule fois dans nos lois (Code de commerce, article 575).

Au point de vue pratique, le compte-courant consiste à avoir un compte ouvert chez un banquier, alimenté par des articles de crédit ou de débit; le banquier touchera les fonds de son client et devra payer les traites émises par celui-ci; c'est seulement à la liquidation du compte que l'on se trouvera en présence d'un créancier et d'un débiteur, quand le solde sera à la charge ou à la décharge du banquier.

Nous avons dit que le compte-courant était un corollaire à peu près obligé de l'ouverture de crédit; il arrive en effet, fréquemment que le créiteur et le crédité conviennent d'ouvrir le crédit en compte-courant. Alors, les deux contrats confondent leurs effets, de telle sorte que le crédité a la faculté de faire des versements partiels et de demander de nouvelles avances, dans les limites toutefois du chiffre et du délai du crédit.

Une profonde différence entre les deux opérations est que, dans le compte-courant un des correspondants ne peut pas exiger de l'autre des remises, c'est-à-dire ne peut pas le contraindre à verser des fonds, s'il n'y a une

certaine avance ou provision dans sa caisse; dans l'ouverture de crédit, au contraire, le crédité, qui représente un des deux correspondants, peut exiger, jusqu'à due concurrence, le paiement des sommes qui lui ont été promises; il résulte de ce double principe que l'ouverture de crédit en compte-courant ajoute aux avantages du compte-courant simple la faculté d'exiger les avances promises qui deviennent immédiatement des remises en compte-courant avec lesquelles elles se confondent.

Dans ce cas toutefois, les remises du créateur ne sont pas plus des prêts que celles du crédité ne sont des remboursements; ce sont de simples articles de débit ou de crédit destinés à donner lieu à une compensation finale.

Enfin, et c'est ici le point qui nous intéresse le plus, le compte-courant ajouté à l'ouverture de crédit peut fort bien être garanti par une hypothèque; nous entendons par là que l'hypothèque s'appliquera au paiement du solde final. Nous étudierons cette hypothèque parallèlement avec celle qui garantit une ouverture de crédit simple : elles obéissent toutes deux aux mêmes règles.

§ 2. -- Conditions de validité

Aucune loi n'intervenant dans la réglementation du contrat d'ouverture de crédit, il en résulte que les conditions exigées pour sa validité obéissent aux règles les plus larges; c'est ainsi qu'aucune forme solennelle n'est requise. Ce contrat peut être constaté par acte au-

l'authentique ou par acte sous-seing privé; il peut être verbal; c'est seulement quand il faudra faire la preuve, que l'on exigera un acte conforme aux prescriptions de la loi : ici, il n'y a pas de dérogation à la règle que la preuve écrite est toujours supérieure à la preuve testimoniale et qu'elle est toujours exigée quand l'objet du litige dépasse 150 francs, exception faite toutefois pour les ouvertures de crédit purement commerciales qui sont alors régies par le code de commerce. Étant neutre, c'est-à-dire n'ayant par elle-même ni le caractère civil, ni le caractère commercial, l'ouverture de crédit revêt, en effet, l'un ou l'autre de ces caractères suivant les circonstances.

Néanmoins, comme nous le verrons plus loin, l'acte doit nécessairement être authentique quand il contient une constitution d'hypothèque pour sûreté du crédit ouvert ou du compte-courant stipulé.

Aucune expression spéciale ou expresse n'est exigée dans l'acte constitutif; on ne doit pas se préoccuper des termes dans lesquels le contrat est conçu; les juges du fond ont en cette matière un pouvoir souverain; c'est ainsi qu'un acte qualifié de prêt a pu être envisagé comme une ouverture de crédit, d'après l'intention des parties (1).

Il appartient aussi aux tribunaux de déterminer le sens et la portée d'un contrat d'ouverture de crédit (2).

(1) Sirey, 1849, 1, 115.

(2) Dalloz, 1887, 1, 278.

§ 3. — Effets.

Le contrat d'ouverture de crédit a pour effet de faire naître des obligations à la fois à la charge du créiteur et à la charge du crédit.

A. — Obligations du créiteur

Dès que le contrat est parfait, le créiteur doit mettre à la disposition du crédit l'objet qu'il s'est engagé à lui fournir; cet objet peut se concevoir de trois manières différentes :

1° Ce peut être, en effet, une somme d'argent dont le paiement se fera soit en une seule fois, soit par fractions successives; ce peut être aussi des marchandises à livrer; le créiteur verse alors l'une ou l'autre chose entre les mains du crédit lui-même qui, en échange de ces avances, lui souscrit des billets à ordre ou lui fait escompter des lettres de change ou autres valeurs négociables de portefeuille.

2° D'autres fois, la réalisation consiste en la restitution d'effets de commerce que le crédit avait endossés à l'ordre du créiteur *antérieurement* à l'ouverture de crédit.

3° En dernier lieu, le créiteur peut exécuter son obligation en déboursant du numéraire, mais au lieu de le compter, comme dans la première hypothèse, au crédit lui-même, il le remet aux porteurs de lettres de change

ou de chèques sur lui tirés par le crédité ou par un tiers pour le compte de celui-ci.

Ordinairement, le contrat d'ouverture de crédit est simple, mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit à terme ou sous condition.

Une distinction importante se pose quant à la durée du crédit et aux sommes qu'il comprend; sur ces deux points, en effet, le crédit peut être limité ou illimité; dans la généralité des cas, le crédit est ouvert pour une période de temps déterminée; pendant cette période, le banquier (créditeur) versera les sommes promises, soit à échéances fixes, soit simplement à la demande du crédité; quelquefois, le crédit pourra avoir lieu pendant une durée illimitée, avec cessation par la volonté de l'un des contractants.

Pareillement, le crédit peut être fixé à une certaine somme au delà de laquelle le créancier ne sera pas obligé.

L'obligation pour le créancier de fournir la somme convenue est de l'essence même de l'ouverture de crédit; l'acte serait nul comme ouverture de crédit en l'absence de cet engagement.

Jusqu'à la fin du crédit, le créancier ne peut pas réclamer au crédité le paiement de ce qui lui est dû en vertu du crédit. S'il voulait actionner le crédité en remboursement, il violerait le contrat; il s'engage non seulement à procurer des fonds au crédité, mais à ne pas les lui réclamer tant que le crédit n'est pas clôturé.

Quelle serait la sanction au cas d'inexécution de la part du créditeur ?

Il faut prévoir le cas, où le contrat étant passé en bonne forme, le créditeur refuse de verser les fonds : il peut être guidé en cela soit par un meilleur placement en vue, soit par un soupçon d'insolvabilité à l'égard du crédit. En pareil cas, celui-ci a deux actions à sa disposition ; lorsqu'il peut encore utilement faire usage du crédit, le crédit peut contraindre le créditeur à exécuter son obligation, ou bien lui demander des dommages-intérêts si l'inexécution du créditeur ne peut plus être réparée. Dans le premier cas, le crédit est tenu de faire précéder son action d'une mise en demeure, suivant la disposition des articles 1146 et suivants du code civil ; mais cette formalité est inutile dans le second, puisque l'exécution n'a plus d'efficacité (1).

B. — *Obligations du crédit*

Le crédit prend l'engagement de rembourser à l'époque convenue les fonds que le créditeur lui aura avancés. Nous avons vu plus haut que l'on peut comprendre dans le crédit des créances antérieures ; celles-ci ne seront exigibles qu'à condition d'avoir été stipulées telles dans l'ouverture de crédit, sinon elles resteront en dehors.

Normalement, c'est à la fin du crédit que le crédit

(1) Sirey, 1878, 1, 293.

doit rembourser au créiteur les avances qu'il a reçues; jusque là, le créiteur n'a qu'une créance éventuelle.

Les intérêts suivent le sort de la créance, ils sont dûs depuis le jour où le créiteur a versé la somme au crédité.

Le crédité qui ne profite pas du crédit est-il obligé d'indemniser le créiteur ?

Certains auteurs l'ont admis (1).

Mais nous sommes d'un avis opposé; car, l'exécution du contrat dépend d'un fait laissé à la volonté du crédité, d'une condition; et tant que cette condition ne s'accomplit pas, aucun droit ne naît en faveur du créiteur.

Il faut toutefois faire une exception au cas où le crédité a immobilisé de mauvaise foi les capitaux du créiteur, sans avoir l'intention d'en profiter. Nous nous trouvons alors en présence d'une application pure et simple de l'article 1382 du code civil : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Ici la réparation ne trouve plus sa cause dans l'exécution du contrat, mais dans le préjudice subi par le créiteur.

Tels sont, rapidement passés en revue, les principaux traits caractéristiques du contrat d'ouverture de crédit, tels qu'ils ont été établis par l'usage.

(1) Pardessus, t. I, 474 ; t. II, 1137.

**SECTION II. — Du choix d'une garantie
dans l'ouverture de crédit.**

**§ 1. — Différents contrats de garantie.
Énumération et traits généraux.**

Lorsqu'un créancier exige de son débiteur des sûretés pour la garantie du paiement intégral, celui-ci peut en offrir de deux sortes : tantôt ce sera l'engagement d'une autre personne qui consentira à s'obliger avec lui, d'où garantie personnelle; tantôt la garantie consistera en une chose dont la valeur sera destinée à dédommager le créancier d'un non-remboursement éventuel ; c'est la garantie réelle.

Les garanties personnelles ont eu une grande importance dans le droit romain; le débiteur qui n'avait pas assez de crédit s'adjoignait des « *sponsores* », ou « *fidepromissores* », qui s'engageaient avec lui pour ajouter leur crédit au sien; ces différentes obligations conjointes se sont modifiées, ont subi une évolution intéressante dans le cours de l'ancien droit, pour aboutir dans notre législation actuelle à deux contrats principaux de garantie personnelle : la solidarité et le cautionnement.

Ces deux variétés de sûretés trouvent certainement matière à s'appliquer dans l'ouverture de crédit, principalement pour le commerçant qui fait une entreprise et qui n'a guère pour lui que son honnêteté et ses aptitudes professionnelles.

Mais, d'une façon générale, les sûretés réelles tendent à avoir la faveur des contractants, et on les stipule bien plus souvent que la solidarité ou le cautionnement; elles sont de deux sortes : le nantissement et l'hypothèque.

Le nantissement consiste dans la remise d'une chose au créancier pour sûreté de la dette : suivant que l'objet remis est un meuble ou un immeuble, le contrat prend le nom de gage ou d'antichrèse.

Dans l'ouverture de crédit, le nantissement consiste le plus souvent, soit en des marchandises, soit en des valeurs qui les représentent, telles que warrants, connaissements, lettres de voiture, soit en titres au porteur, nominatifs ou mixtes, soit enfin en effets de commerce.

Le mode de constitution diffère suivant que le gage est civil ou commercial; dans le premier cas, la loi exige un acte authentique ou sous-seing privé dûment enregistré contenant la déclaration de la somme due (art. 2074-2075 du code civil); dans le deuxième cas, la loi distingue (art. 91-93 du code de comm.) : pour les créances mobilières, elle renvoie à l'article 2075 du code civil, pour les autres valeurs mobilières, aucune forme spéciale n'est requise pour que le gage soit valablement constitué.

La deuxième sûreté réelle qu'il nous reste à examiner est l'hypothèque, à l'étude de laquelle nous allons, dès à présent, consacrer tous nos développements.

Toutefois, avant de l'aborder, il convient de dire quelques mots d'une autre sûreté qui ne fait pas partie de l'énumération légale, mais qui joue, dans le contrat d'ou-

ouverture de crédit, un rôle fréquent et intéressant; c'est la cession, au profit du créancier, de la créance du débiteur. Voici l'hypothèse la plus pratique que nous empruntons à l'ouvrage de M. Bach sur « l'ouverture de crédit » : « un entrepreneur, prévoyant que ses fonds ne suffiront pas pour mener à bonne fin l'entreprise qui lui a été confiée, se rend chez son banquier et lui dit : « Mes capitaux n'étant pas en rapport avec l'importance des travaux qui m'ont été commandés, consentez-vous à m'ouvrir, pour deux ans, un crédit de 100.000 francs à prendre au fur et à mesure de mes besoins ? » Le banquier répond : « Je veux bien vous rendre le service que vous me demandez, mais comme je ne suis pas au courant de vos affaires, j'exige de vous la cession de votre créance future contre le propriétaire des travaux ». Si le banquier et l'entrepreneur s'entendent, cette forme originale et particulière de garantie sera soumise à la constitution normale de la cession de créance, c'est-à-dire aux formalités prévues par les articles 1689 et 1690 du code civil. De plus, le droit de préférence ainsi conféré au banquier sera plus ou moins étendu, suivant que l'entrepreneur aura cédé sa créance contre le maître des travaux en tout ou en partie ».

Ce genre de sûreté offre des avantages indéniables; il se peut, en effet, que, dans l'exemple précité, le propriétaire des travaux qui, par l'effet de la cession deviendra le débiteur du banquier, soit plus solvable que l'entrepreneur, débiteur primitif ; cependant, nous croyons

bien supérieurs les avantages que présente l'hypothèque, avantages que nous allons tâcher de faire ressortir.

**§ 2. — Supériorité de l'hypothèque
sur les autres garanties en général et dans l'ouverture
de crédit en particulier.**

De toutes les sûretés ainsi énumérées, la plus intéressante, la plus répandue, comme aussi la plus utile, nous paraît être l'hypothèque.

Celle-ci a, en effet, un incontestable mérite au double point de vue suivant : elle sert à la fois à la personne qui la consent, au crédit en l'espèce, et à celle qui en bénéficie, le créancier.

1° L'hypothèque est d'abord utile et commode pour le crédit : car elle ne le dépouille pas de son bien ; elle lui en laisse, au contraire, la libre disposition, administration et jouissance, avantage qui rend cette institution très supérieure au contrat de gage.

On pourrait objecter qu'elle n'a pas, comme le nantissement, la faculté de s'appliquer à la fois à tous les biens du débiteur, abstraction faite de leur nature, car le code civil (art. 2119) restreint son application aux immeubles seuls : mais, nous avons vu, dès les premières pages de cet essai, que le législateur contemporain faisait une application de plus en plus large des hypothèques mobilières et que bientôt la règle de l'art. 2119 constituerait une exception très minime.

Enfin, l'hypothèque conventionnelle, par son essence

même, représente pour le débiteur un moyen de crédit qui lui est octroyé par la loi et que sa physionomie personnelle ne saurait lui donner. Cet avantage, dans un contrat d'ouverture de crédit, est naturellement appelé à figurer au premier rang des motifs en considération desquels on consent le crédit.

Il n'y a rien de plus naturel, lorsque une personne inconnue se présente chez un banquier pour lui demander de l'argent que celui-ci, avant de se préoccuper des qualités personnelles de son client, lui demande au premier abord quels sont les biens sur lesquels il compte lui donner une garantie hypothécaire; le crédit est alors ouvert, non pas en considération des qualités personnelles du débiteur, mais en raison de la valeur des immeubles donnés en garantie; l'hypothèque rend ainsi à celui qui veut emprunter le service de lui procurer de l'argent sans l'appauvrir en quoi que ce soit; le crédit de l'immeuble s'ajoute au crédit du débiteur.

2° L'hypothèque est de plus très utile au créancier, car elle présente aussi pour lui une supériorité considérable sur les autres sûretés; elle lui confère tous les avantages des droits réels et notamment ses deux accessoires inséparables, le droit de préférence et le droit de suite.

Le banquier qui met ses fonds à la disposition d'un emprunteur, le fait en toute sécurité quand il peut compter sur une garantie solide et exempte de vices à défaut de paiement; il n'a qu'à s'assurer une chose : la meilleure place possible, afin de venir en rang utile dans le

cas de vente de l'immeuble grevé. A ce point de vue, disons en passant qu'un certain banquier se trouve plus spécialement favorisé que les autres; c'est le Crédit Foncier de France qui jouit d'un privilège considérable. Il ne peut, en effet, d'après le décret constitutif de 1853, prêter que sur première hypothèque; il a donc fallu, pour assurer le développement de ses opérations, dans l'intérêt général du crédit, déroger au droit commun; le décret établit un mode de purge très simple, mais dont l'examen sortirait du cadre de cette étude.

Tels sont pour le crédit et pour le créancier les principaux avantages qu'offre l'hypothèque : cette supériorité sur les autres garanties qu'il est possible de faire intervenir dans les contrats d'ouverture de crédit aurait pu avoir des résultats encore meilleurs et plus considérables, si l'on avait conservé et amélioré une institution de la Révolution, dénommée « l'hypothèque sur soi-même », par la loi qui l'organisa (loi du 9 messidor an III).

Nous nous contentons, pour le moment, de signaler cette heureuse invention « née d'un trait de génie du législateur de la Révolution », car nous aurons à en reparler plus loin.

Disons seulement que, dans ces derniers temps, en présence de la place de plus en plus considérable faite au crédit dans les négociations journalières, on a songé à donner aux prêteurs sur hypothèque un genre de titres plus maniables et d'une circulation plus facile que l'hypo-

thèque telle qu'elle existe encore, naturellement lourde et difficile à manier; on a appelé « mobilisation du crédit foncier », la réforme souhaitée dans ce but (1). Le Crédit Foncier (2) est ici à distinguer de la Société de crédit dont nous avons parlé plus haut; c'est le nom du genre de crédit que peut procurer la propriété foncière; mobiliser signifie « représenter la créance hypothécaire par des titres négociables, circulant comme des effets de commerce ou comme des valeurs de Bourse ».

Tel est l'état de notre législation en ce qui concerne les garanties qui peuvent intervenir dans une ouverture de crédit.

★★

(1) Planiol, II, n° 2670; mais cette institution ne doit pas être confondue avec celle déjà existante des « obligations au porteur » qui sont des actes de prêt notariés avec affectation hypothécaire et dont le montant est stipulé payable au porteur de la grosse ou de l'original en brevet.

(2) Une différence essentielle entre les prêts consentis par le Crédit Foncier et le contrat d'ouverture de crédit est que celui-ci est un prêt éventuel, tandis que le Crédit Foncier ne consent que des prêts conditionnels, qui nécessitent deux actes: l'acte de prêt conditionnel et l'acte de réalisation de prêt.

De plus le Crédit Foncier a reçu du législateur des faveurs de toute nature parmi lesquelles nous pouvons mentionner:

- 1° La dispense du renouvellement décennal des inscriptions;
- 2° La faculté de purger les hypothèques légales connues et inconnues;
- 3° La capitalisation de plein droit de chaque semestre d'annuité non payé à l'échéance;
- 4° La mise sous sequestre et la vente des biens immeubles du débiteur et la faculté d'en toucher le prix, sans l'accomplissement des formalités de droit commun.

Nous allons désormais nous occuper uniquement de l'application de l'hypothèque au contrat d'ouverture de crédit et subsidiairement au compte-courant; nous suivrons, dans ce travail, la progression normale généralement employée pour l'étude de l'hypothèque pure et simple, à savoir : création, conditions de validité, mainlevée, extinction, purge; avant d'aborder les causes de son extinction, nous en rechercherons la nature juridique; et nous terminerons par quelques mots sur la mission du conservateur des hypothèques et du notaire dans la confection d'un contrat d'ouverture de crédit garanti par une hypothèque.

CHAPITRE PREMIER

Constitution de l'hypothèque.

Nous allons examiner dans ce chapitre quatre points relatifs à la constitution de l'hypothèque garantissant un crédit ouvert :

- 1° La possibilité de constituer une pareille hypothèque;
- 2° La constitution au point de vue historique;
- 3° Les conditions de fonds de cette constitution;
- 4° Ses conditions de forme et les différents titres qui peuvent constater l'hypothèque ; les cédules hypothécaires.

SECTION I. — Possibilité de constituer une pareille hypothèque.

Il peut paraître oiseux de soutenir une discussion à ce sujet; pourtant cela s'est présenté : nous nous empressons de dire que, dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, on ne met plus en doute la possibilité de conférer une hypothèque pour sûreté d'un crédit ouvert, sans attendre la réalisation de ce crédit; quel-

ques doutes avaient été émis d'abord de là part des tribunaux.

C'est ainsi que la Cour de Colmar arrêta, le 18 avril 1806, que l'hypothèque constituée pour sûreté de prêts éventuels, sans aucune détermination de sommes, n'est pas valable comme étant créée sous l'empire d'une condition potestative; qu'ainsi, l'inscription prise en vertu d'une pareille constitution d'hypothèque ne peut avoir aucun effet, quand même elle serait postérieure à la réalisation du prêt.

Un arrêt de Liège (7 janvier 1811) se prononça dans le même sens.

L'autorité de ces arrêts doit être écartée, d'une part, parce qu'ils sont intervenus sous l'empire des lois anciennes qui consacraient le système occulte de l'hypothèque, si favorable à la fraude, et de l'autre, parce qu'ils ont été rendus dans des espèces où le prêt à effectuer était tout aussi facultatif de la part du prêteur que de l'emprunteur éventuels; en sorte qu'il n'y avait de « *vinculum juris* » ni d'un côté, ni de l'autre; dans l'ouverture de crédit normale, au contraire, le prêteur, c'est-à-dire le banquier, ou le créancier, ne peut en aucune façon, se dégager de la promesse de prêt.

De bons auteurs approuvaient cette ancienne jurisprudence (Delvincourt, t. III, p. 378; Battur, t. II, n° 283). Leur opinion était que le créancier auquel l'hypothèque était conférée n'en pouvait faire l'inscription, même en subordonnant cette inscription à la réalisation du crédit

ouvert, et que, pour que l'hypothèque fut utilement constituée, il fallait que l'emprunteur consentit, après la réalisation du prêt, un nouvel acte authentique par lequel il reconnaissait l'existence de la dette & conférait de nouveau la sûreté de l'hypothèque.

Le principe de cette solution était pris dans l'article 1174 du code civil, aux termes duquel « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition *potestative* de la part de celui qui s'oblige.

Ainsi que l'a magistralement démontré un auteur célèbre (Pont, *Revue critique*, 1859) « c'était évidemment se méprendre sur le caractère et la portée de la convention que de la faire tomber sous la disposition de l'article 1174. Il résulte sans doute de cet article qu'il n'y a pas obligation lorsqu'il dépend de la pure volonté de celui qui contracte d'être ou de n'être pas obligé. Mais est-ce le cas dans l'espèce? Non, assurément.

« Lorsque je demande à mon banquier qu'il tienne à ma disposition une somme de 25.000 francs, par exemple, qu'il devra payer sur mes traites, et qu'en retour je promets, sous une affectation hypothécaire, de lui rembourser tout ce qu'il aura payé, en vertu de la convention, il y a un lien de droit qui se forme, une obligation qui naît et ne peut être éludée. La convention serait nulle incontestablement, si elle était conçue en termes tels qu'il fut loisible à mon banquier d'accepter ou de refuser une traite. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit; nous supposons une obligation sérieuse de la part de

mon banquier ; en acceptant ma proposition, il s'est obligé vis-à-vis de moi et s'est mis dans la nécessité de retirer de sa caisse et de payer à tous porteurs de mes traites, jusqu'à concurrence de cette somme de 25.000 francs qui forme le montant du crédit par lui ouvert. Voilà l'obligation du créiteur ; elle est conditionnelle, mais la condition est d'une certaine nature qui n'a rien de commun avec celle de l'article 1174, qui s'occupe de la condition purement potestative de la partie obligée. »

Rien ne s'oppose donc en droit à la possibilité de garantir une ouverture de crédit par une hypothèque (1) ; la jurisprudence n'a d'ailleurs pas persisté dans sa façon de voir primitive ; elle a décidé que « l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert est valable, bien que la créance soit subordonnée à la réalisation ultérieure du crédit ; qu'en conséquence, cette hypothèque doit recevoir son effet, si les fonds promis sont délivrés, et jusqu'à concurrence des sommes versées, sans qu'il soit besoin d'un nouvel acte (2).

Nous allons voir que l'histoire confirme cette interprétation.

(1) Il n'est pas nécessaire que ce soit le crédit qui consente l'hypothèque, ce peut être aussi bien un tiers qui intervient alors comme caution hypothécaire ou caution réelle.

(2) Dalloz, 1849, 1, 275. Voyez aussi dans le même sens, Dalloz, 1848, 1, 234 ; Dalloz, 1854, 5, 419.

SECTION II. — Aperçu historique de la question.

L'hypothèque existait en droit romain ; on connaît les inconvénients qu'elle avait alors : défaut de publicité et défaut de spécialité ; elle garantissait toute espèce d'obligation. Mais l'ouverture de crédit était-elle déjà connue à Rome ? Il n'en faut pas douter ; les Romains possédaient à un haut degré le sens du commerce ; et par le développement intense de leur civilisation et de leurs conquêtes, ils s'étaient mis en rapport avec les peuples de l'Orient, dont les navires venaient porter jusqu'à Ostie les produits qu'ils déversaient de là dans toute l'Italie ; c'était donc sous le coup d'une nécessité impérieuse que s'était développée l'institution des « argentarii » correspondant à celle de nos banquiers actuels ; ils jouaient à peu près le même rôle dans le monde des affaires. A côté des dépôts qu'ils pouvaient recevoir et des prêts qu'ils pouvaient faire, l'ouverture de crédit avait une place toute indiquée.

L'argentarius pouvait se faire donner en échange du montant du prêt des garanties, telles qu'un cautionnement ou un gage, et même une hypothèque ; mais la législation romaine ne contenait à ce sujet rien de spécial à cette catégorie de trafiquants.

Toutefois, l'hypothèque consentie par un argentarius pour sûreté d'un crédit ouvert présentait une particularité : comme en droit romain, la publicité des hypothèques n'existait pas, il n'y avait rien qui ressemblât à ce

que nous appelons aujourd'hui l'inscription hypothécaire ; aussi, tandis que chez nous l'hypothèque prend rang à partir de la date de l'inscription, ainsi que nous le verrons plus loin, elle prenait rang en droit romain à partir de la date de la constitution d'hypothèque et non pas à partir de celle de la réalisation du prêt. Il en était ainsi non pas par suite d'une conséquence attachée à la rétroactivité de la condition, mais parce que l'*argentarius* n'était plus libre de ne pas devenir créancier.

Certains auteurs veulent même reconnaître parmi les institutions romaines la création du compte-courant. D'après Delamare et Lepoitevin, « le compte-courant était pratiqué par les *argentarii* ; on exprimait le crédit et le débit par les locutions *acceptum ferre*, *expensum ferre*. Mais le pratiquait-on avec le correspondant d'une autre place ? Il y a tout lieu de le croire. La loi 5 du Digeste de *præscriptis verbis* offre l'espèce d'un pacte, dans lequel nous nous promettons mutuellement de faire, et en vertu de mandat réciproque, vous, le recouvrement de mes créances à Carthage, moi, le recouvrement des vôtres à Rome. Dans cette espèce, il est intervenu un mandat sans lequel on ne peut pas faire payer une créance qui appartient à un autre, parce que, bien que les frais de poursuite soient à la charge des mandataires, nous nous rendons cependant un service mutuel, et la nature du mandat n'interdit pas un pareil acte.

« Que faut-il de plus pour que ce soit tout à fait le compte courant ? Une seule chose, la compensation. Or,

rien de plus naturel. Quand le Carthaginois devait 10.000 sesterces au Romain qui lui en devait autant, il n'est pas à croire qu'il les lui envoyait pour que le Romain les lui renvoyât après s'être donné l'unique satisfaction de les voir, avec l'embarras de les compter et de les réexpédier. Pourquoi les frais et les risques d'un pareil transport ? Il était si simple de se tenir quittes ».

Ce raisonnement séduit d'abord par sa logique, mais il n'est pas rigoureusement exact ; d'abord Dufour le critique par cet argument que les *argentarii* et leurs clients n'étaient nullement mandataires les uns des autres.

De plus, les Romains ne pouvaient que soupçonner un instrument de crédit que le développement considérable de notre commerce et de notre industrie, l'extension de nos opérations financières et la multiplicité de nos moyens de communication devaient seuls rendre nécessaires. Le compte-courant est issu de nos besoins modernes, et il est inutile de chercher à prouver que les anciens ont connu autre chose que le germe de cette précieuse institution. C'est méconnaître son caractère actuel que de vouloir le confondre et l'identifier avec les procédés de comptabilité employés à Athènes ou à Rome ; répondant à des besoins différents, il est différent lui-même.

Il résulte de toutes ces considérations que l'idée de crédit était parvenue à Rome à un point de développement peu éloigné du nôtre ; mais l'hypothèque se com-

binait-elle déjà avec l'ouverture de crédit et venait-elle ajouter son crédit à celui de l'emprunteur ?

En l'absence de textes précis, nous en sommes réduits à des conjectures ; nous croyons toutefois que l'hypothèque, répondant déjà à Rome comme en droit français à une idée de crédit, son emploi était tout indiqué quand un banquier, s'engageant à fournir des fonds, demandait des garanties à son client.

L'idée d'ouverture de crédit s'est-elle développée dans notre ancien droit ? Nous ne le croyons pas : cela tient au régime de défaveur appliqué aux opérations d'argent. Les prohibitions sévères, édictées par l'Etat et par l'Eglise à l'égard de la perception des intérêts, empêchaient toute entreprise de banque.

Mais les nécessités du commerce surent renverser tous les obstacles, et la profession de banquier fut d'abord exercée par les juifs qui, bannis de tous les côtés, ne pouvaient posséder que des valeurs échappant à la confiscation. Bientôt, du reste, les juifs et les Lombards profitèrent des besoins des princes pour obtenir à prix d'argent l'autorisation de faire la banque et de pratiquer l'usure. Le peu de sûreté que présentait alors le négoce intérieur a donné naissance aux foires célèbres du moyen âge. C'est dans ces lieux paisibles que les négociants se réunissaient à des dates fixes pour régler toutes leurs affaires : la lettre de change et le système des virements en foire, connus à la fin du XII^e siècle, supposent bien l'existence des dépôts et des comptes-courants.

Mais ce n'était encore qu'une ébauche de l'institution actuelle ; celle-ci date surtout de la création des banques d'Italie au XII^e siècle, et c'est en passant dans les habitudes des banques qu'elle est arrivée jusqu'à nous, en prenant tous les jours une extension plus considérable.

A côté de cela, l'hypothèque jouait-elle un rôle particulier dans les opérations de banque ?

Aucune raison ne paraît s'y opposer. Il est pourtant probable que l'hypothèque n'intervenait pas d'une façon originale pour garantir plus spécialement le créiteur ; car à cette époque, pour bénéficier d'une hypothèque, il suffisait de constater le contrat d'ouverture de crédit par un acte authentique ; car « les actes sous signatures privées ne peuvent seuls et par eux-mêmes produire d'hypothèque, quoiqu'elle y fut expressément convenue et que la date de l'acte eut été constatée par contrôle.

« Au contraire les actes munis de l'autorité publique produisent l'hypothèque de tous les biens présents et à venir des parties qui s'obligent par ces actes, quand même la convention d'hypothèque n'y serait pas exprimée ; parce que, étant d'usage dans ces actes, elle y est sous-entendue suivant la maxime : *in contractibus tacite veniunt quæ sunt moris et consuetudinis* » (1).

Mais cette hypothèque avait les mêmes défauts qu'en droit romain : elle était générale et occulte.

Il faut arriver à la loi du 11 brumaire an VII pour

(1) Pothier, édition Bugnet, livre I, p. 639.

constater l'organisation actuelle du régime hypothécaire.

Toutefois, tout en discutant désormais sur l'application du système en vigueur aujourd'hui, nous aurons à nous occuper, à la fin de ce chapitre, d'une institution intéressante, qui n'existe plus, mais qui avait été créée par une loi de la Révolution : la cédula hypothécaire (1).

SECTION III. — Conditions de fond.

Pour que l'hypothèque ajoutée à une ouverture de crédit soit validée, il faut que l'engagement soit réel et sérieux ; en d'autres termes qu'il en résulte un lien de droit, qui sauf, bien entendu, l'usage du crédit par le crédité, oblige les parties l'une envers l'autre.

Il semble que cette condition ne puisse pas entraîner de difficultés ; pourtant, dans la pratique, la jurisprudence a eu à statuer à ce sujet ; voici un cas assez curieux où deux juridictions se sont trouvées en désaccord :

Un banquier ouvre à un négociant un crédit de 10.000 francs pour la réalisation duquel il stipule qu'il escomptera *seulement celles des valeurs présentées qu'il jugera à sa satisfaction* ; et, pour sûreté des sommes dont le créancier se trouve à découvert, le crédité consent une hypothèque qui est inscrite dès le lendemain. Diverses opérations d'escompte ont lieu entre les parties, et le crédité se trouve débiteur d'une somme de 4.000 francs

(1) Loi du 9 messidor an III.

quand ses immeubles sont vendus. Le créancier se présente à l'ordre ; mais sa collocation, contestée par un créancier inscrit six mois environ après lui, est rejetée par le tribunal de Chartres par ces motifs « que le créancier ne s'est pas obligé à escompter indifféremment les valeurs qui lui seraient présentées, mais seulement celles de ces valeurs qu'il trouverait être à *sa satisfaction*, ce qui ne constituait à son égard qu'une obligation purement potestative, et que, dès lors, l'hypothèque consentie par le crédit dans l'acte d'ouverture de crédit et l'inscription de cette hypothèque ne peuvent valoir ». Ce jugement a été infirmé par la cour de Paris (30 mars 1842). La décision de la Cour de Paris se conçoit à merveille ; car, ainsi que le fait justement remarquer Paul Pont, dans son commandataire de cet arrêt (1), « quand le contrat avait reçu un commencement d'exécution, quand le créancier se présentait avec une créance justifiée, résultant des escomptes faits en vertu et en exécution de l'ouverture de crédit, il était difficile de lui refuser le bénéfice d'une hypothèque qui lui avait été accordée précisément pour sûreté des sommes dont il se trouverait à découvert ; si toutes les valeurs présentées avaient été refusées, les motifs du tribunal de Chartres auraient pris un caractère sérieux ».

Il faut conclure de là que l'hypothèque ajoutée aux conventions de l'espèce ne vaut qu'autant que ces conventions sont sérieuses et réelles.

(1) *Revue critique*, 1858, t. XII.

SECTION IV. — Conditions de forme.

**Différents titres qui peuvent constater l'hypothèque :
les cédules hypothécaires.**

Nous traiterons deux questions sous ce paragraphe : d'abord la nécessité d'un acte authentique, ensuite la faculté de circulation accordée à cet acte authentique.

1° Nécessité d'un acte authentique.

La validité de l'hypothèque suppose comme condition essentielle qu'elle a été consentie par acte authentique ; dans la pratique notariale on désigne, sous le nom d'obligation hypothécaire, l'acte de prêt accompagné de la constitution d'hypothèque qui garantit le paiement au créancier ; c'est le cas normal ; mais l'authenticité n'est requise que pour l'hypothèque et l'acte de prêt pur et simple peut très bien être constaté par acte sous-seing privé.

Il en est de même en matière d'ouverture de crédit ; celle-ci est toujours valablement constatée par acte sous-seing privé ; néanmoins on exigera, pour la validité de l'hypothèque qui la garantit, la production d'un acte authentique ; il est de pratique courante, comme pour les obligations hypothécaires ordinaires, de constater dans le même acte notarié l'ouverture de crédit et l'hypothèque qui l'accompagne.

Lorsqu'une hypothèque est donnée en garantie d'une ouverture de crédit verbale ou sous seing privé, faut-il que le titre hypothécaire relate les clauses et conditions

moyennant lesquelles le crédit est ouvert? ou suffit-il que cet acte mentionne la somme à concurrence de laquelle l'hypothèque garantit le crédit?

A notre avis, l'acte de constitution d'hypothèque doit contenir toutes les clauses et mentions du contrat. Car dans le cas contraire, l'acte constitutif devrait être interprété à l'aide d'éléments qui lui sont complètement étrangers; et s'il suffisait d'indiquer la somme garantie, les tiers n'auraient pas une connaissance suffisante des conditions du contrat; pour savoir quelles avances sont comprises dans le crédit ou en sont exclues, l'acte constitutif d'hypothèque, qui seul est porté à la connaissance des tiers, n'est pas satisfaisant; il serait possible, si l'indication de la somme, était seule exigée, que l'hypothèque couvrit une créance qu'elle n'est pas destinée à assurer. Combien il serait facile de tromper ainsi les tiers!

Notre opinion est pleinement confirmée par un arrêt de la cour de cassation du 1^{er} décembre 1852 (1).

Cet arrêt casse une décision de la Cour d'appel de Pau, du 22 août 1849, par ces motifs: « qu'il résulte des faits établis par l'arrêt attaqué, que, par acte authentique en date du 16 août 1836, Faurie s'est obligé, à titre d'ouverture de crédit, de tenir à la disposition de Penne et dame Penne une somme de 100.000 francs;— que, par le même acte, Penne et dame Penne ont consenti une hypothèque jusqu'à concurrence de 100.000 francs; —

(1) Dalloz, 1854, 1, 275.

que l'arrêt attaqué décide que pour savoir si le crédit comprenait, non seulement lesdits 100.000 francs, mais encore les sommes énoncées dans un acte sous seing privé, à la date du 19 mars de la même année, il ne suffit pas de consulter l'acte du 16 août constitutif de l'hypothèque, mais qu'il faut le combiner avec les conventions du 19 mars, qui contiennent l'ensemble des conventions arrêtées entre les parties, et qui déterminent les causes et les conditions du crédit ; — qu'en jugeant ainsi, il a étendu l'hypothèque résultant de l'acte authentique à des conventions qui n'avaient été réglées que par un acte sous seing privé ; — qu'ainsi il a violé l'article 2127 du code civil... ; casse, etc... »

Cet arrêt confirme pleinement notre façon de voir ; la constitution de l'hypothèque et les conventions relatives à la créance garantie par cette hypothèque doivent être constatées par acte authentique, Il ne suffit pas que l'acte public portant stipulation de la sûreté hypothécaire se réfère, quant à la détermination de la nature et du montant de la créance à garantir, à un acte privé antérieur ou contemporain. On ne doit consulter que cet acte public lui-même ou d'autres actes également authentiques. Tout ce qu'on peut faire dans un acte privé, c'est, de promettre l'hypothèque.

Le contrat qui constate la constitution d'hypothèque exige donc une forme solennelle.

Or, on s'est demandé, si, vu le caractère accessoire de l'hypothèque, à chacun des retraits successifs, qui ne

sont que la réalisation de l'ouverture de crédit, il ne faudrait pas que les remises de sommes faites par le banquier à son client fussent constatées par un acte notarié? On s'accorde à reconnaître qu'il y a ici une simple question de preuve et on n'exige pas la forme notariée (1).

2° Faculté de circulation réservée au titre qui constate l'hypothèque constituée pour garantie d'un crédit ouvert.

Nous avons vu que l'hypothèque conventionnelle ne pouvait être constatée que par un acte notarié : or, cet acte peut se présenter sous deux formes : d'abord l'acte original, signé des parties, peut être fait pour demeurer à perpétuité dans l'étude du notaire, qui en délivre alors seulement des extraits ou expéditions en forme de grosse, c'est alors un acte rédigé en minute ; ou bien le titre authentique sera lui-même remis directement aux parties pour en faire tel usage qu'il leur plaira, dans ce cas l'acte est reçu en forme de brevet.

De ces deux formes quelle est celle que l'on doit employer pour constater une hypothèque accompagnant une ouverture de crédit? A n'en pas douter la question ne se pose pas pour l'acte reçu en minute, qui vraisemblablement doit donner le maximum de sécurité aux parties. Mais des doutes ont été émis quant à l'acte reçu en brevet.

La loi du 25 ventôse an XI, qui est la charte fondamen-

(1) Dalloz, 1849, 1, 275.

lale du notariat, nous dit que « les notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils recevront ». Mais l'article 20 de cette loi ajoute dans son 2^e alinéa une énumération de certains actes qui peuvent être délivrés en brevet ; et la constitution d'hypothèque ne figure pas parmi ces actes ! Cela semblerait bien vouloir dire qu'il faudra toujours, pour cette sorte d'acte, que l'original reste aux mains du notaire. Pourtant la doctrine s'accorde pour admettre la validité d'une constitution hypothécaire consentie dans un acte notarié dont il n'a pas été gardé minute.

La principale raison que l'on en donne est un argument de texte fourni par l'article 2148 du code civil, aux termes duquel « pour opérer l'inscription, le créancier représente soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'*original en brevet* ou une expédition authentique du jugement ou *de l'acte* qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque ». Ces mots « l'original en brevet » ne peuvent s'entendre que d'actes notariés délivrés en brevet qui supposent ainsi que l'hypothèque peut être valablement conférée par de pareils actes.

D'autre part, la jurisprudence s'accorde à reconnaître aussi la possibilité de conférer hypothèque par acte en brevet.

Il a été jugé notamment que « l'hypothèque conventionnelle peut être valablement constituée par billet à ordre passé en brevet, devant un notaire assisté de deux

témoins ; et la cession d'un tel billet par voie d'endossement emporte cession de l'hypothèque qui en est un accessoire » (1).

M. Lyon-Caen, dans une note qui accompagne cet arrêt, fait la judicieuse remarque suivante ;

« Si le législateur a voulu que les constitutions d'hypothèque fussent reçues par devant notaires, c'est à la fois pour protéger le débiteur, et pour empêcher que les procédures d'ordre déjà si compliquées ne soient prolongées encore par des vérifications d'écriture, en cas de dénégation de la part du débiteur. Or, certainement le débiteur n'est pas moins protégé par un brevet que par une minute, et la première, comme la seconde de ces formes, fait échapper à l'éventualité des vérifications d'écriture. »

D'ailleurs si on n'avait pas trouvé dans la loi la faculté de constituer ainsi une hypothèque par un titre facilement maniable, les nécessités pratiques n'auraient pas tardé à imposer une réforme en ce sens : les besoins économiques et la rapidité des transactions se sont considérablement accrus au courant du siècle dernier, mais les contractants n'ont pas renoncé pour cela aux garanties établies par la loi. C'est ainsi que l'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit s'attache aussi bien au paiement d'un effet de commerce souscrit par le crédité qu'au remboursement d'une somme d'argent avancée

(1) Sirey, 1871, 2, 105.

par le créancier, et elle est transmissible par endossement. La jurisprudence est en ce sens : la Cour d'Alger notamment, dans un arrêt du 7 mai 1870, a admis qu'un titre de créance contenant constitution d'hypothèque, rédigé en brevet, peut être accompagné de la clause à ordre, c'est-à-dire transmissible par endossement comme un effet de commerce, et que l'endossement transfère l'hypothèque en même temps que la créance (1).

Cette faculté de transmission du titre hypothécaire n'a pas été reconnue aussi facilement en doctrine : Massé était d'un avis opposé : « l'endossement, dit-il (*Droit commercial*, n° 2996), établi pour la transmission des droits personnels et mobiliers tels que ceux qui résultent des obligations principales contractées soit par lettre de change, soit par billets à ordre, ne peut être étendu à la transmission des droits réels et immobiliers tels que ceux qui résultent d'une hypothèque...; on ne peut donc voir dans l'hypothèque, attachée comme appendice à une lettre de change ou à un billet à ordre, un accessoire de la même nature que le principal et dont la transmission soit la conséquence de la transmission de l'obligation principale, quand cette transmission a lieu dans une forme spécialement établie pour cette obligation principale. »

La même opinion fut également soutenue par Dalloz (*Répertoire*, v° *Effets de commerce*, n° 373). Mais dans la suite, celui-ci en vint à une autre opinion (*Répertoire*,

(1) Dalloz, 1871, 2, 1; Sirey, 1871, 2, 105.

v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1267) : « Nous sommes forcés d'avancer qu'on ne trouve aucun texte dans la loi qui prohibe la cession du droit hypothécaire par la simple voie de l'endossement, et que la nature de l'hypothèque, contrat accessoire, n'y répugne pas absolument ». La doctrine est maintenant uniformément en ce sens (Guillouard, II, 1037).

Ceci posé, il est logique d'admettre qu'une ouverture de crédit pourra comprendre des effets garantis par hypothèque ; mais quelle sera la situation des tiers porteurs de ces effets ? Nous réservons pour un chapitre ultérieur l'examen de cette question. Disons seulement que les porteurs des effets créés ne peuvent prétendre à profiter de l'hypothèque comme ayant été attachée à la sûreté de chaque effet et réclamer de leur chef le bénéfice de cette hypothèque ; elle n'est attachée qu'au résultat final du crédit, et tombe si celui qui a consenti l'hypothèque, c'est-à-dire le créancier, se trouve libéré. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans un arrêt du 12 janvier 1837 (1).

C'est donc au moment du règlement définitif du compte que l'on pourra connaître la mesure dans laquelle l'hypothèque garantit le paiement de l'effet de commerce passé en des mains tierces : en fractionnant la créance totale, c'est-à-dire le chiffre maximum fixé dans l'ouverture de crédit, et en la représentant par des titres d'une

(1) *Journal du Palais*, 1837, I, 169.

valeur uniforme, on se procurerait presque tous les avantages des anciennes cédulas hypothécaires : il n'y aurait qu'un bien petit pas à faire pour les rétablir. Par une rapide étude de leur principe nous allons constater un singulier rapprochement entre elles et les effets de commerce garantis par une hypothèque.

Le système des cédulas hypothécaires a été créé de toutes pièces par la loi du 9 messidor, an III : le mot cédula est un des plus anciens de la langue française. Au XVIII^e siècle, il signifie « toute espèce d'écrit contenant une obligation et plus particulièrement une obligation unilatérale sous seing privé » (1). C'est avec ce sens que nous le retrouvons dans l'article 2274 du code civil.

Voici la définition de Veirieu, rapporteur du projet Mengin devant la Législative, qui paraît avoir employé le premier le mot « cédula » dans son sens technique : « Les cédulas seraient, par la forme de leur transmission, de véritables lettres de change ou plutôt des billets à ordre qui ne compromettraient pas la liberté du débiteur, mais qui seraient d'une valeur supérieure à celle des billets à ordre actuellement en usage, soit parce qu'elles auraient une double garantie hypothécaire, après avoir passé dans les caisses de la Banque, soit parce qu'elles seraient reçues dans toutes les caisses où l'on pourrait les échanger, à leur échéance, contre d'autres cédulas dont le terme serait plus reculé, soit parce que

(1) Rondel, *La mobilisation du sol en France*.

la seule possession de ces effets produirait un intérêt équivalent au produit des fonds ruraux... L'argent serait, sans contredit, moins nécessaire, son absence ne serait plus une calamité publique. »

Telle était l'idée d'utilité à laquelle répondait la création de la cédula hypothécaire : son caractère juridique était d'être, en même temps qu'un moyen de crédit, un titre exécutoire : inscrite sur le registre des hypothèques, le porteur n'est obligé à aucune précaution pour la sûreté de son titre.

La qualité essentielle, sa raison d'être au point de vue pratique est d'être un titre transmissible par endossement : elle est détachée d'un registre à souche tenu par le conservateur des hypothèques et revêtue au moins de deux signatures : celle du conservateur et celle du requérant.

Mais elle n'eut qu'une durée éphémère : elle était venue avant l'heure : le code civil ne la maintint pas, pas plus que ne l'avait maintenue la loi du 11 brumaire an VII. Toutefois, à l'heure actuelle, son emploi serait certainement très grand, car les besoins économiques se sont bien modifiés depuis la Révolution ; et à défaut d'une pareille institution, nous constatons que la pratique, par des moyens purement légaux et juridiques, est arrivé au résultat recherché dans le système des cédulas : seulement l'institution condensée et maniable de la cédula se trouve décomposée en trois éléments qui sont : la constitution d'hypothèque par acte en brevet, — l'in-

corporation de l'hypothèque dans un effet de commerce, — et sa circulation par voie d'endossement.

Aussi croyons-nous que la réorganisation du système cédulaire ne constituerait pas un grand avantage pour le développement de la garantie hypothécaire dans l'ouverture de crédit : l'agriculture y trouverait son profit sous réserve de certaines modifications à introduire : il faudrait organiser une purge spéciale (1) et facultative pour la propriété et tenir ensuite à jour l'état hypothécaire de l'immeuble.

Une pareille réforme faciliterait énormément l'établissement de ce que certains auteurs appellent « la mobilisation du sol » ; cette expression répond à l'idée d'évolution du type immeuble vers le type meuble dont les principaux avantages seraient : 1° la circulation accélérée des richesses territoriales, le but poursuivi étant l'assimilation du titre de propriété à une valeur commerciale.

2° La monétisation du crédit foncier.

3° La représentation par actions de la propriété foncière (2).

Mais pour aboutir efficacement cela supposerait une transformation totale de notre système hypothécaire : son principal défaut, mille fois reproché, qui a sa répercussion nécessaire dans la matière de l'ouverture de

(1) C'est déjà fait pour le Crédit Foncier de France.

(2) Rondel, *op. cit.*, p. 223.

crédit, est que la publicité des hypothèques se fait chez nous, *in personam* au nom du propriétaire de l'immeuble et non pas *in rem* par l'immeuble lui-même. Plusieurs législations étrangères plus récentes que la nôtre ont tout de suite aperçu ce vice, et ont profité de l'expérience par nous faite, pour l'éviter : un mode de publicité bien préférable consiste à créer une sorte d'état-civil à chaque immeuble : c'est le cas de la législation allemande avec son registre foncier (Grundbûch) sur lequel on porte les diverses mutations de l'immeuble au folio qui lui est réservé ; c'est aussi le cas du régime foncier mis en vigueur en Australie par l'act Torrens, dont on s'est inspiré récemment pour créer un régime assez analogue en Tunisie. Mais nous ne pouvons ici que signaler ces législations : signalons toutefois qu'une réforme hypothécaire se prépare en France, dont un projet de loi a déjà été voté par le Sénat : nous en reparlerons et nous verrons, à propos de la mainlevée de l'hypothèque, les avantages qui résulteraient d'une meilleure organisation, pour les tiers porteurs d'effets souscrits dans un crédit ouvert, garanti par une hypothèque, organisation qui est en voie de se réaliser.

CHAPITRE II

Obligations et droits du créateur

SECTION I. -- Inscription de l'hypothèque

Toute hypothèque est soumise à la formalité de l'inscription ; en matière d'ouverture de crédit cela peut donner lieu à quelques difficultés.

Il est hors de doute que l'hypothèque ne sera, en l'occurrence, valablement inscrite que tout autant que le contrat d'ouverture de crédit ne sera pas par lui-même entaché d'un vice pouvant entraîner sa nullité ; car dans le cas contraire, l'hypothèque serait nulle aussi, comme contrat accessoire qui ne peut produire d'effet juridique que si le contrat principal se produit.

En second lieu, pour que l'hypothèque garantisse valablement le solde du crédit, il faut que la créance dont se prévaut le débiteur soit bien la même que celle dérivant du contrat.

Ce principe paraît simple ; néanmoins son application présente parfois des difficultés : il est à retenir en effet que le contrat d'ouverture de crédit est un contrat *sui generis* et que l'hypothèque ne garantit pas une

créance déterminée lors de l'inscription ; elle garantit le solde éventuel d'un crédit.

Or, le contrat peut stipuler que le crédit est ouvert soit pour une durée déterminée ou indéterminée, soit pour une somme d'argent limitée ou illimitée ; ces deux termes peuvent encore se combiner entre eux et affecter une grande variété de formes ; par exemple le banquier a ouvert un crédit illimité pendant dix ans (1), ou bien il a consenti à fournir des sommes jusqu'à concurrence de 100.000 francs pendant une durée indéterminée de temps ; ces différentes combinaisons se ramènent à cette double idée : détermination ou indétermination de temps ou d'argent ; mais quelle que soit la combinaison employée on doit s'arrêter à l'idée que l'hypothèque protège la créance dans la mesure indiquée par l'inscription.

Lorsque le crédit n'a été limité que quant à la somme pour laquelle il est accordé, l'hypothèque garantit cette somme jusqu'à concurrence des avances réellement effectuées, à quelque époque d'ailleurs qu'elles aient eu lieu. Dans ce cas, la garantie ne devra jamais dépasser le montant du crédit ouvert ; mais il pourra se faire qu'elle ne l'atteigne pas. Ainsi, d'une part, un banquier

(1) Rien ne s'oppose légalement à ce que le contrat ne fixe pas une limite aux sommes à fournir ; mais c'est peu pratique et très dangereux ; il est vrai que le banquier qui consentirait à cela peut toujours se ménager une porte de sortie, en stipulant que le contrat peut prendre fin par la volonté d'une seule des parties.

ouvre un crédit jusqu'à concurrence de 25.000 francs et les opérations qu'il fait avec le crédité l'entraînent à lui fournir une somme de 30.000 francs ; son hypothèque ne vaudra que pour les 25.000 francs, montant du crédit ouvert, et les 5.000 francs d'excédent constitueront pour lui une créance simplement chirographaire ; mais, d'une autre part, au lieu de dépasser ou même d'épuiser le crédit que le banquier lui a ouvert jusqu'à concurrence de 25.000 francs, le crédité n'a pris que 15.000 francs, l'hypothèque du banquier ne vaudra seulement que pour cette dernière somme.

Il peut se faire que non seulement le crédit ait été limité quant à la somme pour laquelle il est accordé, mais encore quant à la durée ; dans ce cas, l'hypothèque ne garantira que les sommes avancées pendant cette durée de temps, ou plus exactement le solde du compte arrêté réellement ou fictivement au terme fixé par l'acte d'ouverture.

Ainsi prenons une hypothèse : un crédit de 100.000 francs a été ouvert pour cinq ans à dater du 1^{er} janvier 1909 pour finir le 1^{er} janvier 1914 ; mais parvenus à cette date, le créditeur et le crédité ont convenu de prolonger le compte établi. L'hypothèque consentie au contrat d'ouverture ne garantira que le solde existant au 1^{er} janvier 1914. Ce principe nous est donné dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1852 (1).

(1) Dalloz, 1852, 4, 86.

La même règle doit être observée quand l'ouverture de crédit fonctionne en même temps qu'un compte-courant, Si le compte a été continué au delà du terme convenu, l'intérêt des tiers peut entrer en jeu ; la question est de savoir alors à quelle date il faut calculer la somme garantie et si l'effet de la sûreté dont le chiffre est ainsi déterminé s'étend jusqu'au solde final. Quatre systèmes ont successivement donné des solutions diverses.

I. — D'après le premier, l'hypothèque doit garantir le solde final. C'est inadmissible ; car l'hypothèque conventionnelle ne peut garantir le créancier que dans la limite de son inscription ; ce serait l'assimiler à l'hypothèque légale qui joue son rôle quoique étant occulte, ce qui serait absolument contraire aux principes de notre droit.

II. — D'après une deuxième proposition, la prolongation des opérations a complètement éteint la garantie, parce que la créance hypothéquée s'est fondue avec les autres par une sorte de novation, en restant dans le compte après la date de son échéance (1).

Il est aisé de répondre à cette opinion, que si les effets du compte-courant ne peuvent nuire aux tiers, ceux-ci ne peuvent pas davantage les modifier à leur profit, en supposant une novation contraire aux règles du contrat et à la volonté des parties.

III. — Une troisième opinion voudrait que les verse-

(1) *Journal du Palais*, 1851, 1.

ments effectués après la date convenue éteignent la dette à due concurrence, et que la garantie stipulée ne puisse être exercée sur le solde final qu'à raison de la portion du solde fictif, qui peut subsister encore : nous répondrons à cela que l'idée nous paraît logique au premier abord, mais en l'examinant de près, on voit qu'elle tend à infirmer les effets de l'hypothèque et pourrait même occasionner des fraudes : le crédité, arrivé au terme de son crédit, voulant continuer ses opérations, mais en étant dégrevé de l'hypothèque qu'il a consentie, pourrait, par un artifice quelconque, faire porter chez le banquier, à son compte, une grosse somme, de façon à mettre celui-ci en confiance. A ce moment-là, le soldé du compte-courant pourrait être égal à zéro de part et d'autre : l'hypothèque dans ce système n'aurait donc plus de raison d'être, et les opérations postérieures qui auraient lieu pourraient occasionner une déconvenue au banquier ainsi joué.

IV. — Un quatrième système nous paraît le meilleur ; il a été ainsi formulé par M. Clément (1) : « Il faut déci-

(1) Clément, *Le compte-courant*, p. 235. Voyez aussi Paul Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 716. De nombreux arrêts importants ont également confirmé cette opinion : notamment Dalloz, 1852, 4, 86. De même un arrêt rapporté dans Dalloz, 1877, 2, 230, énonce que « l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert par compte-courant pour un temps déterminé, avec stipulation qu'à l'expiration de ce temps le compte-courant sera arrêté et balancé, ne vaut que pour la somme dont le crédité se trouvait débiteur au terme fixé, bien que le compte-courant n'ayant pas été arrêté à cette époque, ne soit continué entre les parties.

der que la garantie s'applique au solde final mais jusqu'à concurrence de la somme déterminée par la balance du compte à l'échéance stipulée. Ce système respecte à la fois la convention des parties et les droits des tiers, en établissant de quelle façon équitable ces droits opposés doivent être conciliés. En effet, les parties, en stipulant l'hypothèque, ont voulu qu'elle s'appliquât à une somme déterminée et le montant de celle-ci ne peut résulter que d'un arrêté fictif à la date convenue. Elles n'ont donc pas à se plaindre d'une constatation de fait, nécessitée par leurs propres accords, et qui n'altère en rien, d'ailleurs, la nature de leurs relations. De leur côté, les tiers n'ont pas à critiquer la quotité d'une créance établie conformément à la volonté des parties, ni le simple report de la même garantie sur le solde final, puisque cette sûreté était évidemment attachée non au terme mais à la créance, et qu'un créancier ne renonce pas à une garantie, par ce seul fait qu'il proroge l'échéance de son titre ».

Ayant ainsi examiné la question de la double limitation, nous pouvons en conclure que lorsqu'un crédit a été ouvert pour un temps et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, l'hypothèque consentie pour sûreté de ce crédit ne garantit que les versements faits dans la double limite ainsi assignée à la durée et au chiffre du crédit ; et elle reste étrangère à toute avance postérieure de fonds, encore que, d'une part, la somme garantie n'ait pas été dépassée, et que, d'autre part, aucun règlement de

compte n'ait été fait à l'époque de la cessation du crédit : en d'autres termes, le solde auquel est affecté l'hypothèque dans la mesure de son inscription, est celui qui eût été constaté si on l'avait réglé à l'époque où, d'après la convention, le compte devait être arrêté et balancé dans la mesure du crédit ouvert, mesure qui peut n'être pas couverte, mais ne doit jamais être dépassée en tant du moins que le crédit fait l'objet de la garantie hypothécaire (1).

La clause en vertu de laquelle, dans un acte d'ouverture de crédit avec garantie hypothécaire, le créancier se réserve de continuer le crédit après l'expiration du terme

(1) En ce sens l'arrêt rapporté dans Dalloz, 1853, 2, 81, dont voici l'analyse : l'hypothèque consentie pour garantir jusqu'à concurrence d'une somme déterminée le solde éventuel d'un crédit par compte courant dont la durée était fixée, et qui devait être balancé et arrêté à l'expiration du temps convenu, ne s'applique qu'à ce qui pouvait être dû à cette époque par celui au profit duquel le crédit était ouvert et non point aux sommes dont il a pu se trouver débiteur postérieurement, le compte-courant ayant continué sans règlement aux termes fixés pour la cessation du crédit. Mais le solde dû à l'époque du règlement définitif ne s'en trouvera pas moins garanti par l'hypothèque s'il est inférieur à celui qui eut été constaté au terme où, d'après la convention, le compte devait être arrêté et balancé ; c'est à tort que, pour écarter ce résultat, les intéressés rechercheraient si, depuis ce terme, les fluctuations du compte-courant, dont la prorogation a eu lieu de fait, présentent à un moment donné le crédit comme libéré et prétendraient que cette circonstance est suffisante pour faire réputer éteinte la créance que l'hypothèque était destinée à garantir, le compte-courant ne pouvant être en effet divisé et ne comportant pas les imputations desquelles on voudrait faire ressortir cette extinction de créance.

fixé, a-t-elle pour effet de faire profiter, sans stipulation nouvelle d'hypothèque, les avances consenties en vertu de cette réserve, de l'hypothèque attachée à l'ouverture de crédit ? Les auteurs n'ont pas résolu la difficulté. Nous ne croyons pas qu'une pareille convention puisse entraîner le maintien de l'hypothèque ; car il s'agit d'une condition potestative *si voluero* qui tombe sous l'application de l'article 1174 du code civil, et qui est par conséquent atteinte de nullité.

La question n'a jamais été posée en jurisprudence. En tout cas il suffit que cette réserve n'ait pas été mentionnée dans l'inscription prise par le créiteur pour qu'elle ne soit pas opposable aux tiers acquéreurs des biens hypothéqués.

Cette observation nous amène à nous poser la question de savoir dans quelle mesure l'inscription hypothécaire garantit le paiement des billets souscrits soit antérieurement, soit postérieurement à l'acte d'ouverture de crédit.

Nous avons déjà vu que l'hypothèque ne garantit que les sommes expressément stipulées dans l'acte d'ouverture de crédit, et seulement pendant la durée de ce crédit ; il se peut toutefois que cette hypothèque s'applique à une créance antérieure : en voici un exemple typique donné dans le *Journal du Palais* (1866, 577) : lorsque le créiteur, obligé de fournir des fonds au crédit au fur et à mesure de ses besoins et porteur d'effets souscrits par celui-ci antérieurement à l'acte de crédit, lui a, à l'é-

chéance de ces effets, fait souscrire des billets en renouvellement, ces billets doivent être considérés comme représentant non plus l'ancienne dette, mais bien une avance faite en exécution de l'acte de crédit ; et dès lors les billets nouveaux jouissent du bénéfice de l'hypothèque qui est stipulée dans cet acte. La fiction qui a conduit l'arrêt à considérer cette somme comme comptée au crédit en vertu de l'acte de crédit, quoique, en réalité, elle lui eût été versée antérieurement, nous paraît fort exacte. Il n'y aurait pas eu, en effet, de difficulté si le crédit avait remboursé son billet depuis le crédit ouvert, et si l'argent par lui payé au créditeur avait été ensuite remis en ses mains en exécution du crédit, sur la souscription d'un nouveau billet; il eût été incontestable que l'hypothèque stipulée par le créditeur se serait appliqué à ce nouveau billet. Or les deniers dûs par le crédit, avant l'ouverture de crédit, lui ont été laissés, depuis l'acte de crédit, contre un renouvellement de billets, au lieu d'être d'abord payés au créditeur, puis reversés à ce crédit contre la souscription d'un nouvel effet. Les deux situations nous paraissent être tout à fait identiques (1).

Que dire des effets souscrits postérieurement à la fermeture du crédit ?

En principe, de pareils effets doivent être étrangers au contrat intervenu entre le créditeur et le crédit; ils ne

(1) Pourvu que les avances (ainsi comprises dans le crédit) ne dépassent pas les chiffres du crédit, les tiers n'ont pas à se plaindre.

doivent donc pas être garantis par l'hypothèque. Il faudrait, pour que cette hypothèque soit étendue à des versements postérieurs à l'époque fixée, une convention nouvelle accompagnée d'une constitution distincte d'hypothèque. Lorsque la durée d'un crédit par compte-courant a été déterminée et le solde éventuel garanti par une hypothèque, les parties sont bien libres de proroger ce compte-courant et dans ce cas il continue de produire entre elles tous ses effets, de telle sorte qu'il n'y a à considérer, en ce qui les regarde, que la cessation effective du compte et le solde définitif ; mais il en est autrement par rapport aux tiers et aux effets de l'hypothèque, laquelle ne peut être prorogée que de la même manière qu'elle a été établie et rendue publique. C'est le motif pour lequel la Cour suprême a cassé l'arrêt qui, dans le cas où le compte-courant a été tacitement prorogé jusqu'au décès de l'une des parties, ordonne que l'inscription conservera ses effets jusqu'à cette époque et garantira le solde définitif, sans examiner si ce solde n'est point supérieur à la somme qui se fut trouvée due à l'époque fixée pour la cessation du crédit, dans le cas où le compte eût été arrêté et balancé alors, ainsi qu'il devait l'être (1).

Toutefois, il y a un cas dans lequel l'hypothèque peut garantir des effets souscrits après la fermeture du crédit, sans qu'il soit nécessaire de faire une nouvelle constitution hypothécaire : c'est lorsque de tels effets

(1) Dalloz, 1852, 1, 87.

ont été souscrits en renouvellement de ceux consentis pendant le crédit. Nous sommes amenés à cette conclusion par un raisonnement d'analogie avec l'hypothèse examinée plus haut, des billets souscrits antérieurement (1). Notre opinion est d'ailleurs solidement appuyée sur une jurisprudence définitivement établie.

Le principal arrêt en la matière a été rendu par la Cour d'Alger (2). Il résulte de cet arrêt que l'hypothèque constituée pour sûreté d'une ouverture de crédit à réaliser dans une période de temps et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, s'applique aux effets de commerce, même d'une date postérieure à cette période, s'ils ont été souscrits sans novation, en renouvellement d'autres effets remis au créateur dans les limites du temps ou du chiffre réglés par l'acte d'ouverture de crédit. Les sommes qui figuraient sur les billets ainsi souscrits étaient donc bien dues en vertu de ce crédit et dès lors, elles étaient dues sous le bénéfice de l'hypothèque stipulée.

Il en serait autrement si, par suite de novation, des articles du crédit avaient été transformés en une dette nouvelle et née postérieurement au terme fixé pour le règlement du compte. L'hypothèque ne pourrait pas être invoquée en faveur de cette dette.

Nous devons conclure de tout ce qui précède que l'inscription de l'hypothèque produira son effet du jour de

(1) Dalloz, 1863, 1, 337.

(2) Dalloz, 1869, 1, 398.

la clôture du compte, sans que les tiers soient admis à prétendre, sous couleur de compensation ou d'imputation de paiement, que le solde s'étant trouvé nivelé ou réduit, l'hypothèque avait été atteinte ou réduite avec la dette elle-même. Il est de principe constant que les règles ordinaires sur la compensation et l'imputation des paiements ne sont pas applicables en matière de compte-courant, et que, jusqu'à la clôture définitive du compte, il n'existe que des balances ou soldes provisoires (1).

L'inscription prise en vertu du contrat sera-t-elle valable pour toute la durée de l'ouverture de crédit? Lorsque l'hypothèque est constituée dans une obligation ordinaire, l'inscription prise valablement n'a pas une durée indéfinie : elle est soumise au renouvellement décennal (art. 2154 du code civil). Comment concilier ce principe du renouvellement décennal avec l'espace de temps plus ou moins long que l'on peut assigner à un crédit ouvert? Ainsi, par exemple, un banquier consent une ouverture de crédit à un agriculteur pour vingt ans, délai jugé indispensable pour la bonne mise en valeur d'un domaine délaissé ou inculte. Le banquier aura-t-il à se préoccuper de faire renouveler son inscription au bout des dix premières années, alors qu'aucun versement de fonds n'a peut-être pas encore eu lieu? Nous ne faisons qu'indiquer la question, car elle ne s'est pas posée en pratique;

(1) Aubry et Rau, t. III, § 266; Sirey, 1869, 1, 263.

mais nous n'hésitons pas à croire que les principes du code civil doivent s'imposer ici dans toute leur rigueur. On a dérogé, en matière commerciale, à beaucoup de règles impératives du droit civil, mais le législateur ne s'est pas prononcé sur le point qui nous occupe : il faudra donc renouveler l'inscription tous les dix ans.

SECTION II. — Rang de l'hypothèque.

La question que nous abordons maintenant est du plus haut intérêt; il s'agit de savoir si l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert remonte, pour les diverses sommes prélevées, au jour de l'inscription prise en vertu de l'acte de constitution ou si, au contraire, elle ne date, pour chacune de ces sommes, que du jour où elle a été prélevée. Prenons un exemple. Le banquier créancier fait inscrire l'hypothèque consentie par le crédit le 1^{er} janvier 1910; le premier versement de fonds n'a lieu que le 1^{er} juillet de la même année : à supposer que le crédit ait consenti une autre hypothèque à un tiers à une date intermédiaire, soit le 1^{er} avril, quel sera des deux créanciers hypothécaires celui qui sera colloqué le premier sur le prix de l'immeuble, au cas de vente postérieure? Cette question a fait l'objet de longues controverses en doctrine : mais, aujourd'hui, et depuis déjà longtemps, la solution ne fait plus de difficulté : cette hypothèque prend rang du jour de son inscription et non pas seulement du jour des avances faites au crédit.

Dans l'exemple précédent, ce sera donc le banquier créancier qui sera colloqué le premier, car son hypothèque datera effectivement du 1^{er} janvier, jour de l'inscription, et non du 1^{er} juillet, jour du versement des deniers.

Ce système n'a pas été admis tout d'abord dans la doctrine : mais, la jurisprudence n'a jamais hésité et s'est toujours prononcée dans le sens que nous indiquons.

Dès 1814, la Cour de Caen avait à se prononcer sur le point de savoir si l'hypothèque, conférée pour sûreté d'un crédit ouvert et accepté, est valable, encore que l'emprunt soit éventuel et qu'il n'y ait pas obligation d'user du crédit ouvert : elle jugea affirmativement et avait validé l'hypothèque : son arrêt fut confirmé par la Cour de cassation le 26 janvier 1814. Toulhier, commentant cet arrêt, déclare : « Il en résulte bien que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert, pour sûreté d'une créance future et éventuelle, est valable, quoiqu'il soit au pouvoir du débiteur futur et éventuel de ne point user du crédit ouvert; mais il ne faut pas en conclure que les nouvelles hypothèques, que le débiteur conditionnel consentirait avant d'user du crédit qui lui était ouvert, ne soient pas préférables, ni qu'il puisse par son fait les rendre sans valeur, en usant, postérieurement à ces nouvelles hypothèques, d'un crédit ouvert antérieurement. »

Telle est aussi la doctrine de Merlin (1); après avoir

(1) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Hypothèque*.

enseigné qu'on peut hypothéquer son bien pour une dette conditionnelle dont l'événement est encore en suspens, l'auteur de l'article, sur le mot « hypothèque », ajoute : « en sorte que si la condition arrive, l'hypothèque aura, de même que l'obligation, un effet rétroactif ».

Pour ces auteurs et pour quelques autres (1), l'hypothèque qui accompagne une ouverture de crédit est valable; seulement, ils considèrent l'ouverture de crédit comme une condition potestative de la part du débiteur; et ils déclarent qu'elle obtient tout son effet du jour de l'événement de la condition potestative, c'est-à-dire, en l'espèce, du jour du versement des fonds.

Cette doctrine représente la première façon d'interpréter la constitution d'hypothèque dans l'ouverture de crédit. Il faut reconnaître que si cette doctrine avait prévalu, c'en aurait été fait des conventions de l'espèce; si utiles, si avantageuses qu'elles eussent pu être pour le développement du crédit, la pratique n'y aurait plus recouru. La faculté de droit de Strasbourg mettait cela dans tout son jour, lors de l'enquête administrative de 1841, quand elle disait (Faculté de Strasbourg, *Documents hypothécaires*, t. III, p. 346) : « Les constitutions d'hypothèque pour sûreté de crédits ouverts sont, pour les simples particuliers, comme pour les négociants, un élément commode de crédit dont il serait contraire à

(1) Basnage, *Hypothèque*, chap. I, sect. III; Troplong, II, 479 et 480.

l'intérêt général d'entraver l'emploi et le développement. Or, en ne donnant à l'hypothèque que la date des diverses avances successivement faites à l'emprunteur, on enlève au prêteur les garanties que la convention devait lui assurer, et l'on dépouille par cela même cette convention de son caractère propre et des avantages particuliers à raison desquels elle constitue un moyen de crédit distinct de l'hypothèque ordinaire. En effet, dans ce système le prêteur devrait, s'il voulait avoir la certitude que son gage n'a pas été diminué, se faire représenter un nouvel extrait du registre des inscriptions hypothécaires, chaque fois que l'emprunteur viendrait demander une avance, et il serait autorisé à refuser des fonds, si ce dernier ne justifiait pas de l'absence de nouvelles hypothèques. Cela n'est-il pas incompatible avec la nature d'un crédit ouvert dont l'effet doit être d'autoriser l'une des parties à puiser, quand bon lui semble, à la caisse de l'autre, les sommes dont elle peut avoir besoin ? Comment, d'ailleurs, fera-t-on si, au lieu de se présenter elle-même, à la caisse du banquier, la personne, qui a un crédit ouvert, a fourni des traites sur lui ? Les porteurs de ces traites seront-ils, eux aussi, tenus de justifier que le tireur n'a pas consenti d'hypothèque au profit de tiers ? Il faut donc le reconnaître : la restriction de l'effet de l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, aux dates respectives des avances successivement faites à l'emprunteur, aurait pour résultat de rendre impraticable ce genre de constitution d'hypothèque ou, du

moins, d'en entraver l'emploi par des difficultés qui les priveraient des avantages particuliers qu'elles offrent, quand on leur donne tout l'effet qu'elles doivent produire d'après l'intention des parties. »

En plus de ces considérations parfaitement exactes, la solution d'après laquelle l'hypothèque prend rang du jour de son inscription est conforme au droit; aussi, la jurisprudence s'est-elle toujours prononcée en ce sens; d'après un arrêt de la Cour de Rouen, du 3 août 1864, l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert remonte au jour de l'inscription requise en vertu de l'acte de crédit, et non pas seulement au jour de la réalisation du crédit (1).

Sur quel raisonnement juridique peut-on baser cet arrêt? Une explication très exacte a été donnée par Paul Pont. D'après cet auteur, cela se conçoit très clairement, au moyen de l'idée de mandat (2). Un banquier accepte

(1) *Journal du Palais*, 1866, 577.

(2) *Revue critique*, 1558. Cette idée est aussi adoptée par Demolombe, t. XXV, n° 394. « Qu'est-ce que c'est que cette convention (d'ouverture de crédit) autre chose qu'un mandat donné par Pierre à Paul, de faire pour lui des avances dans le délai d'un an jusqu'à concurrence de telle somme? Or le mandat dès le jour où il est accepté par le mandataire engendre, de la part du mandant, l'obligation de lui rembourser les avances que celui-ci fera pour l'exécuter (art. 1999 du code civil) et cette obligation a pour cause non pas chacune des avances successivement faites et qui n'en sont que « l'exécution, mais l'obligation primitive et unique résultant du mandat lui-même ».

Bien d'autres auteurs partagent du reste la même opinion : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 1286; Guillouard, II, 1032-33.

le mandat de procurer à son client des fonds en compte courant. Il le fait sous un cautionnement ou contre une hypothèque; ceci revient à ce que, d'une part, le crédit constitue la sûreté nécessaire aux obligations futures, et d'autre part, le banquier prend l'obligation de lui fournir les deniers, dans l'avenir. Il n'est pas contraire au droit que le crédit constitue dès le jour du contrat une sûreté pour l'exercice d'un mandat qu'il donne ce jour-là. C'est permis par l'article 1130 du code civil. Tout cela est certain en droit.

Plus tard, cette opinion, qui veut que l'hypothèque produise son effet au jour de son inscription, a été reprise par deux auteurs célèbres, MM. Aubry et Rau, qui ont apporté à sa démonstration des éléments nouveaux. Après avoir, dans les deux premières éditions de leur *Cours de droit civil français*, professé l'opinion contraire, fondée « sur ce que, le crédit ne devant se trouver engagé que par la réalisation successive du crédit, l'effet de l'hypothèque ne pouvait, pour chacun des versements effectués par le créancier, remonter au delà du jour où ils ont eu lieu », ces auteurs éminents ont abandonné cette manière de voir et ont adopté, dans leur troisième édition, l'opinion commune. Ils se fondent pour cela, sur deux arguments principaux (1) :

1° La loi elle-même admet pour les hypothèques légales, que l'effet en remonte à une date antérieure à la nais-

(1) Aubry et Rau, 3^e édit., t. III, § 266.

sance des créances qu'elles sont destinées à garantir; cela est surtout irréfutable pour l'hypothèque du mineur sur les biens de son tuteur, hypothèque qui prend naissance dès le jour de l'entrée du tuteur en fonctions et qui prend rang à cette date, malgré que la créance du mineur ne soit définitivement établie qu'à une époque bien postérieure, généralement la reddition du compte de tutelle à la majorité de celui-ci.

Il est évident que, dans l'intention commune des parties, l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert, doit prendre rang du jour de l'inscription, car autrement, elle n'offrirait qu'une garantie illusoire, ou tout au moins incertaine.

Cette première raison est certainement très forte. Mais nous ne croyons devoir l'adopter que sous certaines réserves, en raison même de la différence de caractère juridique qui existe entre le cas du mineur, qui est protégé par la loi, et le cas de l'ouverture de crédit, garantie par la convention, différence que nous analyserons dans le chapitre suivant.

2° En deuxième lieu, toujours d'après Aubry et Rau, l'ouverture de crédit n'est pas, comme le prêt ordinaire, une convention simplement unilatérale. Elle participe de la nature des contrats synallagmatiques, en ce que le créancier est obligé de tenir les fonds à la disposition du crédité, et que l'obligation pour ce dernier de rembourser les sommes qui lui seront avancées, est le corrélatif et forme la cause de la promesse du créancier. A ce point

de vue, il est tout naturel que l'existence de l'hypothèque constituée par le crédit remonte au jour même de la convention, et qu'elle garantisse au créancier, à partir de ce jour, le remboursement de la créance éventuelle qui naîtra de l'accomplissement de sa propre obligation actuellement exigible.

A côté de ces arguments d'ordre théorique, on peut en citer deux autres d'ordre législatif, de valeur inégale. L'un par rapport à l'autre.

D'abord, certains auteurs ont voulu faire intervenir l'article 4 de la loi du 10 juin 1853 (1). Mais l'argument tiré de ce texte résulte d'une confusion. En effet, les sociétés de crédit foncier, ne pouvant prêter que sur première hypothèque, passent d'abord un acte conditionnel de prêt, en vertu duquel elles prennent une inscription hypothécaire; elles procèdent ensuite à la purge des hypothèques légales qui pourraient grever les biens sans avoir été inscrites, et ce n'est qu'après cette opération qu'un nouvel acte vient constater, suivant le résultat de la purge, ou l'annulation du prêt conditionnel ou sa réalisation définitive. On comprend dès lors qu'il ait fallu un article de loi pour faire remonter l'effet de l'hypothèque à la date de l'inscription, puisque celle-ci a été prise à un moment où l'on ne savait pas encore si le contrat conditionnel serait vraiment obligatoire pour le prêteur.

(1) « L'hypothèque, consentie au profit d'une société de crédit foncier, par le contrat conditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription, quoique les valeurs soient remises postérieurement ».

Il n'en est plus ainsi dans l'ouverture de crédit où le banquier contracte une obligation ferme et non conditionnelle, et se trouve irrévocablement tenu de remplir sa promesse. Il n'y a donc pas d'assimilation à établir entre les deux cas.

Un autre texte plus adéquat à la situation envisagée nous est fourni par l'article 5 de la loi du 23 août 1871 sur l'enregistrement.

Cette loi a introduit dans la législation une innovation en déclarant immédiatement exigible le droit d'hypothèque de 1 pour 1000 qui, avant cette époque, n'était perçu qu'au moment de la réalisation du crédit (loi du 28 avril 1816, article 60) (1).

Du même coup, l'innovation apportée par la loi de 1871 a fait cesser toute controverse relative au rang de l'hypothèque : cette loi ratifie l'opinion de la jurisprudence et de la doctrine récente.

Est-il nécessaire, après une telle conformité d'idées constatée dans la doctrine, renforcée par des textes de lois, d'appuyer cette opinion de l'autorité des arrêts intervenus sur la question ? Nous devons toutefois mentionner les principaux avec les solutions qui les caractérisent : il a été jugé notamment dans le sens indiqué (2) :

(1) La loi de 1871 a été modifiée par une loi du 27 juillet 1900, qui, dans son article 3, a élevé le tarif à 1,25 pour 1000, sauf complément de droit de 0,25 % lors de la réalisation du crédit ; mais ces modifications de chiffres n'ont aucune influence sur notre démonstration.

(2) Dalloz, *Répertoire.*, v^o *Priv.*, n^o 1323.

1° Que l'hypothèque stipulée pour garantie d'un crédit ouvert est valable et que cette hypothèque prend rang du jour de son inscription et non pas seulement du jour des avances faites au crédit (Poitiers, 1844).

2° Qu'il en est ainsi quelle que soit, d'ailleurs, l'époque des versements faits au crédit, et alors même qu'ils seraient postérieurs à la cession de ses paiements.

3° Et que le crédit doit être réputé réalisé, lorsqu'il a été employé à payer une dette antérieure du crédit envers le créancier, lequel, à raison de l'affectation du crédit à l'extinction de cette dette, a consenti à en proroger l'exigibilité; — que, par suite, l'inscription du créancier prime les inscriptions ultérieurement prises par les créanciers du crédit, bien que celles-ci soient antérieures à l'exigibilité de la créance à l'extinction de laquelle le crédit a été employé (Aix, 29 mai 1841).

Voilà pour la jurisprudence. Nous pouvons donc conclure que rien ne vient s'opposer à ce que l'hypothèque prenne rang du jour de son inscription; le système adverse serait, d'ailleurs, impraticable (1); en effet, si l'hypothèque ne devait se réaliser qu'au fur et à mesure des versements, il faudrait que le banquier la fit inscrire chaque fois qu'il se trouverait en avance et que son client la fit radier chaque fois que le compte se solderait au contraire, en sa faveur. D'autre part, les inscriptions successives du banquier se trouveraient primées par les

(1) Clément, *Le compte-courant*,

inscriptions antérieures, si bien qu'en définitive, le banquier, qui n'aurait pas eu soin de vérifier, avant chaque avance, la situation hypothécaire du crédit, pourrait se trouver privé de toute garantie efficace. Du reste, même en vérifiant, il serait tenu de remplir sa promesse : devant un pareil danger, il n'oserait plus prêter ses fonds.

SECTION III. — Subrogation par le créateur.

L'ouverture de crédit peut être l'objet d'une subrogation ou d'une cession; le subrogé ou le cessionnaire, suivant les cas, sera naturellement mis en possession de tous les droits qui appartiennent au créancier, ou bien au créateur, qui consent à céder son titre : parmi ces droits, figurera notamment l'hypothèque qui garantit l'ouverture de crédit.

Au cas d'une subrogation ou d'une cession intervenant ainsi entre deux personnes, dont l'une a consenti une ouverture de crédit, l'opération portant justement sur cette ouverture de crédit, deux hypothèses sont à prévoir : il se peut que la cession ait lieu alors que le crédit est clôturé, ou bien alors qu'il est encore en plein exercice. La situation est la même dans les deux cas pour le créateur; mais elle diffère profondément pour le crédit :

1° Il se peut que le crédit soit clôturé d'un commun accord entre les deux parties au moment de la subrogation ou de la cession ; l'arrêté de compte qui intervient

alors fixera la somme à concurrence de laquelle le crédit est garanti : il n'y a plus de crédit ouvert, il n'y a qu'une créance garantie par une hypothèque. Le tiers qui paiera cette dette au créiteur sera par lui subrogé dans l'hypothèque ; mais il ne pourra exiger du crédit plus qu'il n'aura lui-même payé au créiteur, car « la subrogation est un paiement : si le créancier a consenti à recevoir une somme moindre que le montant nominal de la créance, le subrogé ne peut réclamer contre le débiteur que ce qu'il a déboursé » (1). Si cette somme dépasse la valeur de l'hypothèque, le subrogé ne sera que créancier chirographaire pour le surplus. Mais, peu importe pour le crédit que l'on ait ou non dépassé le chiffre de l'ouverture de crédit, l'opération reste sans importance pour lui ; peu lui importe, en effet, de devoir la somme fixée par l'arrêté de compte, à son banquier ou à un subrogé de celui-ci ; il faudra toujours qu'il paie ; l'opération lui est donc indifférente et on peut se passer de son concours pour signer l'acte de subrogation.

2° Il n'en est pas de même quand le crédit n'est pas arrivé à son terme et qu'il est stipulé au contrat de cession qu'il continuera entre le crédit et le cessionnaire. En effet, dans le cas d'une subrogation ordinaire, le débiteur n'a pas à donner son consentement ni à le refu-

(1) Laurent, XVIII, 16.

ser : tout se passe entre le créancier et le tiers qui le paie (art. 1250-1° du code civil).

Mais, dans l'ouverture de crédit, les choses se passent autrement : le crédité, en effet, est intéressé au plus haut point à rester en rapport avec la personne qui lui a ouvert le crédit : le banquier qu'il a choisi lui donne toute sécurité, tant au point de vue solvabilité qu'honorabilité : pourra-t-il en recevoir autant du cessionnaire, qu'il ne connaît peut-être même pas ? Le crédité a donc le plus grand intérêt à connaître le nouveau banquier avec qui il aura affaire et il doit accepter la subrogation, car l'ouverture de crédit constitue un contrat personnel, c'est-à-dire obtenu et accordé eu égard à la qualité de la personne qui le demande et qui le concède.

Ceci admis, voici la question intéressante qui se pose : la partie non réalisée du crédit ainsi cédé sera-t-elle garantie par l'hypothèque ?

Un premier système le nie : d'après lui, l'hypothèque ne couvre que le solde du compte arrêté et les opérations postérieures ne sont pas garanties par elle : il faut avoir clôturé le compte pour pouvoir le céder, le nouveau créancier ne pouvant se prévaloir de l'hypothèque que jusqu'à concurrence du crédit réalisé. M. Maton, défenseur de cette idée, déclare que « si le cessionnaire prorogea l'ouverture de crédit, il perdrait son hypothèque, car l'inscription d'une créance dans un compte-courant a pour résultat de faire disparaître le titre primitif et ses accessoires et de le remplacer par un article de

Crédit » (1). Ce système ne nous paraît pas exact : nous lui en préférons un autre proposé par un auteur belge et d'après lequel « l'hypothèque garantit le solde final jusqu'à concurrence de la valeur inscrite à l'acte constitutif » (2). Cette opinion nous paraît très juridique; car, que se passe-t-il, en réalité? Le créancier se substitue un tiers : la subrogation a eu pour effet de faire passer à ce tiers tous les droits et toutes les obligations de l'ancien créancier; or, l'effet de la subrogation comme de la cession est de faire jouir le subrogé ou le cessionnaire de l'hypothèque attachée à l'ouverture de crédit et telle qu'elle y était attachée.

Vis-à-vis du crédit, le subrogé remplace complètement son cédant. Il devra mettre à sa disposition les sommes qu'il a encore le droit de réclamer.

De plus, le créancier a cédé tous les droits qu'il possédait contre le crédit, notamment l'hypothèque : en cela, il n'a pas conféré au cessionnaire un droit certain à l'hypothèque, garantissant une créance déterminée au moment de la cession, mais simplement un droit éventuel dépendant du solde final. On pourrait peut-être objecter à cette théorie qu'il se produit une novation subjective, c'est-à-dire par substitution d'un nouveau créancier, et alors la novation ayant pour effet de faire disparaître l'ancienne créance avec ses garanties, le cession-

(1) *Revue du notariat belge*, 1881, p. 148.

(2) Falloise, *Traité de l'ouverture du crédit*, n° 313.

naire posséderait une nouvelle créance, éventuelle il est vrai, mais démunie de son hypothèque. Un pareil raisonnement a une apparence de logique; mais, nous n'admettons pas qu'on puisse le soutenir, car la novation ne se présume pas; elle nécessite un nouvel engagement : c'est ce caractère qui la distingue de la subrogation, qui, seule, nous occupe.

Dans une affaire intéressante qui s'est déroulée devant le tribunal civil de Caen, puis devant la Cour de la même ville, la jurisprudence a eu à faire état de cet argument fondé sur la novation, pour refuser au créancier subrogé le bénéfice de l'hypothèque : cette affaire nous paraît importante, parce qu'en plus de ce point, elle fait bien ressortir l'état de la jurisprudence en ce qui concerne l'hypothèque des billets souscrits en renouvellement de billets antérieurs : ce deuxième point peut être envisagé comme une complication de l'idée de subrogation et il l'était en l'espèce; aussi, croyons-nous utile d'exposer, avec quelques détails, les débats auxquels a donné lieu cette affaire (1).

La maison de banque Douesnel et Frestel, de Bayeux, avait ouvert aux époux Tahère, par acte notarié des 5 et 10 août 1853, un crédit de 15.000 francs, réalisable sans limitation de durée, au fur et à mesure des besoins des crédités. Pour sûreté de remboursement des avances à faire en vertu de cette ouverture de crédit, la maison

(1) Dalloz, 1863, 4, 337.

Douesnel et Frestel se fit consentir une hypothèque qui fut inscrite le 11 août 1853. Suivant acte notarié du 13 février 1857, la maison Douesnel et Frestel déclara subroger dans les droits et dans les effets de la convention ci-dessus le sieur Dubosq, banquier à Caen.

Le sieur Vaussy qui, de son côté, avait également ouvert aux époux Tahère un crédit de 20.000 francs, avec stipulation, dans l'acte, d'une hypothèque que primait celle de la maison Douesnel et Frestel, intenta, dès le 19 février 1857, une action en nullité de la subrogation consentie par cette maison au sieur Dubosq.

Il se fondait sur ce que l'acte du 13 février 1857 ne constatait ni le chiffre de la somme que le subrogeant avait alors avancée en exécution du crédit ni, par conséquent, le remboursement de cette somme par le subrogé, et il en concluait que cet acte ne pouvait être considéré comme contenant un paiement avec subrogation, mais qu'il constituait une simple substitution d'un créancier à un autre, c'est-à-dire une novation à laquelle il n'était pas permis d'appliquer l'hypothèque résultant de l'ancienne convention.

Le tribunal civil de Caen déclara mal fondée cette demande en nullité.

Vaussy ne se tint pas pour battu et fit appel de ce jugement. Mais il ne persista pas devant la Cour à nier la validité de la subrogation, et il soutint alors que l'hypothèque qui en était l'objet ne pouvait s'appliquer à deux sommes pour lesquelles elle était réclamée par

Dubosq, à savoir : 1° une somme de 10.398 francs déjà avancée par la maison Douesnel et Frestel au moment de la subrogation et que Dubosq subrogé aurait remboursé à cette maison sans constatation du fait de ce remboursement et 2° une somme de 5.000 francs, montant d'un billet souscrit à Dubosq par les époux Tahère, le 13 février 1857, jour de l'acte de la subrogation, mais en renouvellement d'un ancien billet dont Dubosq était porteur au moment de cet acte, billet complètement étranger au crédit hypothécaire auquel Dubosq voulait le rattacher.

Donc ici la question de subrogation se complique de la question de billet souscrit en renouvellement d'une dette contractée avant l'ouverture de crédit. Nous avons déjà vu qu'il est possible de faire entrer ainsi dans le crédit garanti par l'hypothèque des billets souscrits en renouvellement d'effets antérieurs. Ici le cas paraît compliqué à cause de la subrogation. Mais en dédoublant l'espèce, on s'aperçoit que les éléments simples qui la composent n'offrent au demandeur débouté aucun fondement sérieux qui puisse faire valoir sa cause.

C'est ce qu'a reconnu d'abord la Cour d'appel de Caen; elle décide que l'hypothèque constituée pour sûreté du crédit ouvert s'applique aux deux sommes litigieuses, dans les termes suivants : « considérant 1° que la créance de 10.398 francs était garantie par l'hypothèque du crédit ouvert en 1853, et 2° que Dubosq mis au lieu et place de la maison Douesnel et Frestel par l'acte du

13 février 1857, était comme elle obligé de fournir aux époux Tahère, au fur et à mesure de leurs besoins jusqu'à la limite de 15.000 francs, les sommes qu'ils lui demandaient; — que Dubosq, créancier sur ledit Tahère d'une somme de 5.000 francs, en vertu d'un billet échu le 13 février 1857, avait incontestablement le droit d'en réclamer le paiement, mais que, par cela même, survenait pour Tahère le besoin d'obtenir la somme nécessaire pour y faire face et qu'il était en droit de la demander à Dubosq, comme il l'aurait demandée à la maison Douesnel et Frestel avant l'acte du 13 février 1857; — que c'est ce qu'il fit; — qu'ainsi Dubosq devait lui remettre la somme de 5.000 francs en vertu du crédit ouvert, et lui faire souscrire un billet de cette somme, mais qu'elle devait à l'instant même être payée au dit Dubosq pour éteindre l'ancienne dette de pareille somme; que, pour éviter ce circuit d'opérations, il suffisait que Tahère souscrivit un nouveau billet en remplacement de l'ancien qui se trouve ainsi éteint. »

Ainsi donc, la Cour de Caen admettait, comme de juste, que le nouveau billet devait être considéré, non comme représentant l'ancienne dette, mais comme ayant pour cause une avance faite en exécution de l'ouverture de crédit.

La Cour de cassation a d'ailleurs admis cette interprétation et a rejeté le pourvoi formé par Vaussy contre l'arrêt ci-dessus. La chambre des requêtes a reconnu qu'en la circonstance : « Dubosq agissait comme crédi-

teur et acquérait en cette qualité contre Tahère une créance nouvelle qui, postérieure à la subrogation faite à son profit par les sieurs Douesnel et Frestel, se trouvait de plein droit garantie par l'hypothèque du contrat d'ouverture de crédit dont elle était l'exécution. »

Cette interprétation est fort juste ; elle s'inspire d'ailleurs des différents arrêts qui ont été rendus en la matière précédemment, et qui se sont toujours prononcés dans le même sens (1). La fiction qui a conduit les juges à considérer cette somme litigieuse comme comptée au crédit en vertu de l'acte de crédit, quoiqu'en réalité elle lui eut été versée antérieurement, est très heureuse et nous paraît être un reflet des habitudes prises par les gens d'affaires pour simplifier leurs transactions.

Il n'y aurait pas eu de difficulté si le crédit avait remboursé son billet depuis le crédit ouvert, et si l'argent par lui payé au créditeur avait été ensuite remis entre ses mains en exécution du crédit sur la souscription d'un nouveau billet ; il eût été incontestable que l'hypothèque stipulée par le créditeur se serait appliquée à ce nouveau billet. Or les deniers dûs par le crédit, avant l'ouverture de crédit, lui ont été laissés depuis l'acte de crédit, contre un renouvellement de billets au lieu d'être d'abord payés au créditeur, puis reversés à ce crédit contre la souscription d'un nouvel effet. Les deux situations ne semblent pas être tout à fait identiques.

(1) Dalloz, 1856, 1, 165.

Il résulte de ce qui précède que la subrogation par le créateur est valable et licite. Mais il faut pour qu'elle produise tous ses effets qu'elle soit acceptée par le créancier. Cette acceptation peut d'ailleurs être expresse, si le créancier comparait à l'acte, ou tacite si elle se déduit de la continuation des opérations avec le nouveau créancier.

APPENDICE. — Nature juridique de l'hypothèque

A la suite de l'examen détaillé auquel nous nous sommes livrés plus haut, nous avons conclu à la parfaite possibilité de constituer une hypothèque pour garantir une ouverture de crédit ; puis nous avons examiné les conditions de validité de cette hypothèque ; en dernier lieu nous lui avons assigné le rang qu'elle devait avoir ; ces trois points étant ainsi établis, il nous reste à aborder une question plus compliquée, et dont la solution est une conséquence directe des développements antérieurs : quelle est la nature juridique de l'hypothèque constituée pour garantir une ouverture de crédit ?

Dans la théorie générale des garanties réelles, il est universellement admis que l'hypothèque constitue un droit accessoire ; on ne saurait, en effet, la concevoir sans une obligation principale à laquelle elle vient ajouter la force de son crédit : doit-on lui reconnaître le même caractère dans le cas particulier dont nous nous occupons ?

Si l'on répond affirmativement, les démonstrations qui précèdent reçoivent une atteinte considérable, car il n'est pas douteux qu'un droit, pour être accessoire, suppose l'existence et la validité d'un droit principal. Or, est-ce le cas ici ? Nous ne le croyons pas. Les auteurs admettent généralement que l'hypothèque garantissant un crédit ouvert existe indépendamment de tout versement de fonds au crédité : nous l'avons déjà dit. Comment dès lors expliquer ce phénomène d'un droit accessoire qui existe avant la naissance du droit principal ? Diverses raisons ont été données à cela.

On a fait valoir comme principal argument (1) que les hypothèques légales de la femme mariée et du pupille remontent, pour certaines créances, à une date à laquelle ces créances n'existaient pas encore ; ceci est rigoureusement exact pour l'hypothèque légale du mineur ; cette hypothèque, en effet, prend rang du jour de l'entrée en fonctions du tuteur ou, d'après l'expression de la loi, « du jour de l'acceptation de la tutelle » (code civil, art. 2,135). Par exemple, un pupille devient le créancier de son tuteur pour une malversation commise cinq ans après l'ouverture de la tutelle ; l'hypothèque légale n'en remonte pas moins pour la garantie de cette avance au jour de l'ouverture de la tutelle. Il en est de même de l'hypothèque de la femme mariée. Rien donc, a-t-on dit, ne s'oppose à ce qu'une hypothèque prenne

(1) Planiol, II, n° 2852. Aubry et Rau, t. III, § 266.

rang à une date antérieure à la naissance de la créance, pourvu que la créance naisse ultérieurement.

Nous n'attachons pas à ce raisonnement toute la force qu'on voudrait lui donner. Nous préférons en adopter un autre qui s'est fait jour récemment, et que nous avons vu formulé pour la première fois dans l'enseignement de M. Martin, professeur à la Faculté de Paris : pour bien se pénétrer du caractère juridique de l'hypothèque garantissant un crédit ouvert, il faut se rappeler que le but de l'hypothèque en droit français est de répondre à trois idées nettement distinctes : l'hypothèque légale est une garantie donnée par la loi dans certaines situations déterminées ; l'hypothèque judiciaire est un moyen d'exécution ; l'hypothèque conventionnelle enfin est un moyen de crédit ; donc l'exemple tiré plus haut de l'hypothèque légale et l'application par analogie que l'on voudrait en faire à l'hypothèque conventionnelle ne valent rien du tout pour une hypothèque destinée à un but tout différent ; ici, la notion rigoureuse et précise de l'hypothèque, droit accessoire, a été purement et simplement mise de côté pour satisfaire à des nécessités pratiques. Car toute la législation française ne repose pas sur les codes ; la coutume en est aussi une source ; et ici, la coutume a voulu faire une petite place à l'idée de l'hypothèque, indépendante de la créance garantie, pour la période qui s'écoule entre la naissance de l'hypothèque et celle de la créance ; une brèche a été apportée ici à la notion de l'hypothèque, droit accessoire.

Certaines législations ont essayé d'admettre ce principe et de créer ainsi une hypothèque constituant, à elle seule, un droit principal ; tel est, par exemple, le système des cédules hypothécaires de l'an III, que nous avons étudié précédemment ; l'hypothèque pouvait naître indépendamment de toute obligation : elle constituait une sorte de monnaie ; dans la législation allemande actuelle, le propriétaire peut se faire délivrer à son nom ou établir en la forme de titre au porteur, une « lettre foncière » ou « bon foncier » (Grundschuldbrief) ; c'est un titre analogue à nos cédules de l'an III, qui est négociable comme une lettre de change.

Ces réalisations législatives marquent un acheminement notable vers l'admission de l'hypothèque comme droit principal : toutefois, l'application de cette idée à la matière que nous traitons n'est rigoureusement exacte que pour l'ouverture de crédit simple et non pour une ouverture de crédit compliquée ; il se peut, par exemple, qu'un banquier ne consente à ouvrir un crédit qu'à la condition que l'hypothèque qui interviendra garantisse aussi une créance qu'il a déjà contre le futur crédité ; dans ce cas, l'hypothèque reste accessoire, puisqu'elle naît postérieurement à la dette ; il se peut encore que le versement des fonds coïncide avec l'inscription de l'hypothèque ; dans ce cas aussi, celle-ci reste un droit accessoire.

CHAPITRE III

Actes qui tendent à affranchir le crédit de son hypothèque

Il arrive un moment où le crédit est libéré de son hypothèque ; cela peut se produire de plusieurs façons, soit par une radiation entière et définitive, soit par une simple réduction ; de plus, l'hypothèque est soumise à certains modes d'extinction ; à chacun de ces cas correspondent des règles spéciales que nous allons examiner.

SECTION I. — De la mainlevée proprement dite

La mainlevée est « l'acte de renonciation du créancier en vertu duquel s'opérera la radiation de l'hypothèque » (1).

Dans le cas d'une ouverture de crédit, la mainlevée de l'hypothèque qui la garantit peut être consentie par le créancier ; celui-ci possède, en effet, tous les droits d'un créancier hypothécaire ordinaire et le droit commun

(1) Planiol, t. II, n° 3060.

s'applique ici sans aucune restriction ; nous verrons plus loin, en traitant de la radiation, que le crédit a aussi le droit de demander la mainlevée.

L'acte authentique de mainlevée donné par le créiteur doit attester le paiement des sommes empruntées ou constater qu'il n'a pas été fait usage du crédit.

§ 1. — Forme. — Difficultés relatives aux cas de sociétés et de faillites

Une petite difficulté s'élève dans deux cas au sujet de la personne qui peut consentir la mainlevée : c'est lorsque le crédit a été ouvert par une société ou qu'il se complique d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire.

A. *Société*. — Quand le crédit est ouvert par une société commerciale, quelle est la personne qui peut consentir la mainlevée ?

1) S'il s'agit d'une société en nom collectif, c'est le gérant dont la signature oblige les co-associés, qui donnera valablement mainlevée au nom de la société.

2) Pour une société en commandite par actions il faudra distinguer suivant l'étendue des pouvoirs du gérant ; s'ils sont strictement limités, il ne pourra rien faire au-delà ; mais s'ils sont indéterminés, il a le droit, dans la sphère de ses attributions, de contracter des emprunts et de recevoir des paiements, par conséquent de délivrer des quittances et donner mainlevée. La Cour de cassation décide qu'il suffit que les engagements contractés par le gérant sous la raison sociale, même en dehors de

ses pouvoirs, aient tourné au profit de la société, pour que celle-ci soit obligée (1).

3° Il en est de même des administrateurs des sociétés anonymes. Il faut se référer aux statuts sociaux pour mesurer l'étendue de leurs pouvoirs ; sauf disposition contraire de ces statuts, ils peuvent faire tout ce qui se rattache aux intérêts de la société et aux spéculations auxquelles elle se livre.

B. *Faillite*. — Il peut se faire que le banquier qui a consenti le crédit vienne à tomber en faillite. Dans ce cas, qui aura qualité pour donner mainlevée ? Il n'y a qu'une seule personne qui puisse exercer cette faculté : c'est le syndic de la faillite, qui est assimilé à un administrateur de société : mais dans ce cas, la mainlevée nécessitera une formalité supplémentaire. Le conservateur des hypothèques ne pourra rayer qu'autant que dans la mainlevée le syndic aura affirmé que, d'après l'examen des livres du failli, les sommes remboursées sont les seules qui aient été fournies, ou que le crédit ne s'est pas réalisé ; cette opinion, qui émane des gens du métier (2), n'est pas partagée par tout le monde : Boulanger et Récy, dans leur *Traité de la radiation hypothécaire*, n'admettent pas que cette justification « puisse résulter du procès-verbal de vérification des créances parce qu'il s'agit ici d'une créance active de la faillite et que la vé-

(1) Dalloz, 72, 1, 165.

(2) *Journal des Conservateurs des Hypothèques*, 2275.

rification n'a lieu qu'à l'égard des créances passives ». Ces auteurs commettent une confusion : la procédure de vérification et d'affirmation des créances ne s'applique certainement qu'aux créances passives du failli : mais la mainlevée des hypothèques dont peut se prévaloir celui-ci, c'est tout autre chose : il importe que le syndic fasse rentrer dans le patrimoine du failli le plus de recouvrements possibles, et le meilleur moyen pour cela est encore de conserver les hypothèques que le failli a fait inscrire sur ses débiteurs : ce sera donc une mesure de protection pour le conservateur que d'exiger du syndic l'affirmation que l'hypothèque dont il donne mainlevée ne garantit plus aucune dette (1). Avec une telle déclaration, ce fonctionnaire, qui a qualité du reste pour apprécier la validité des actes qu'on lui apporte et la capacité des parties entre lesquelles ils interviennent, aura ainsi sa responsabilité à couvert.

§ 2. — Situation des tiers porteurs d'effets souscrits par le crédit au cas de mainlevée par le créiteur

Nous avons vu, dans le chapitre préliminaire, que le crédit ouvert pouvait donner la faculté au crédit de tirer des effets négociables sur le créiteur : l'hypothèque garantira le remboursement de ces effets. Ces effets

(1) Lorsque le commerçant est admis au bénéfice de la liquidation judiciaire, il peut lui-même, mais avec l'assistance des liquidateurs, donner mainlevée, après paiement, des inscriptions relatives aux créances exigibles (L., 4 mars 1889, art. 6).

sont de plus destinés à circuler, et les tiers porteurs de ces effets sont appelés à bénéficier des garanties accordées par le crédit au créditeur notamment de l'hypothèque; mais ce droit est fragile. Il a été jugé notamment que l'hypothèque conférée pour garantie d'un crédit ouvert s'applique au résultat final de l'opération du crédit, mais non à chaque engagement isolé souscrit par suite de l'ouverture de ce crédit; qu'ainsi les porteurs d'effets tirés par le crédit sur le créditeur, et endossés par ce dernier, n'ont contre celui-ci que l'action personnelle résultant de cet endossement et ne sauraient, comme exerçant les droits de leur débiteur, profiter de l'action hypothécaire à l'encontre d'un cessionnaire auquel le créditeur a transporté tous ses droits contre le crédit et qui n'a contracté aucune obligation envers ce tiers porteur (Req., 12 janvier 1837) (1). Il faut donc distinguer entre l'action personnelle, que possède toujours le porteur de billets, et l'action hypothécaire, qui s'en sépare et qui exige pour son transfert une mention spéciale.

Si donc le créditeur donne mainlevée de l'inscription, les tiers porteurs qui n'ont aucun moyen de l'empêcher se verront démunis de toute garantie en face du crédit.

D'ailleurs, même sans envisager l'hypothèse d'une mainlevée, les droits des tiers porteurs sont très limités par la jurisprudence. C'est ainsi qu'il a été jugé que,

(1) Dalloz, *Rép.*, v° *Privilèges*, n° 1328.

lorsqu'une hypothèque a été consentie, comme garantie d'un crédit ouvert, le tiers porteur des billets créés pour l'exercice de ce crédit ne peut, de son chef, réclamer le bénéfice de cette hypothèque ; qu'il peut seulement, comme exerçant les droits du banquier créateur, demander à être colloqué jusqu'à concurrence de la somme dont ce dernier se trouve être créancier (Paris, 25 juin 1836).

Il résulte de ces deux arrêts que la transmission intégrale du droit hypothécaire aux tiers porteurs de billets exige donc des précautions excessives ; il faut recourir à la subrogation : nous nous occuperons plus loin de cette opération.

Que reste-t-il donc à faire aux tiers porteurs qui se voient évincés de l'hypothèque par la mainlevée consentie par le créateur ? Certainement leur situation n'est pas brillante. Toutefois il leur restera deux partis à prendre.

Ils pourront d'abord exercer leur recours contre le conservateur des hypothèques qui a opéré la radiation ; car celui-ci, nous l'avons déjà dit, a le droit et le devoir de vérifier et d'apprécier les actes en vertu desquels la radiation est demandée, quant à leur régularité et quant à la capacité des parties dont ils émanent. Ce fonctionnaire peut en effet se rendre compte, d'après les termes de l'acte d'ouverture de crédit, que les effets, qui pourront être souscrits en vertu de ce contrat, ont ou n'ont pas le caractère de négociabilité : il ne peut donc, sans

s'exposer à un recours de la part de ceux qui font foi à l'hypothèque, leur enlever une telle sûreté.

Les porteurs d'effets démunis de l'hypothèque ont encore comme deuxième ressource la faculté de requérir une nouvelle inscription qui, à notre avis, ne peut pas leur être refusée. Seulement ils ne peuvent requérir cette inscription nouvelle que jusqu'à concurrence du solde final. Ils auront aussi à démontrer que les effets dont ils sont porteurs leur confèrent réellement une créance hypothécaire, autrement dit que le contrat permettait la circulation et que leurs effets sont créés en vertu de l'ouverture de crédit, et représentent le solde final. Il y a là une question de preuve que les tribunaux auront à apprécier.

Quel sera l'effet de cette nouvelle hypothèque ? Reprendra-t-elle le rang de l'hypothèque rayée ? Les avis sont partagés. D'après Laurent, « l'inscription doit reprendre son rang primitif, alors même qu'il y aurait des tiers créanciers inscrits depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription radiée. C'est le respect du droit acquis par le créancier dont l'inscription a été rayée. Il doit jouir du bénéfice de son droit aussi longtemps que l'inscription n'est pas valablement radiée » (1).

D'autres auteurs se placent exclusivement au point de vue de l'intérêt des tiers, et sur ce terrain la solution doit être en leur faveur.

(1) Laurent, XXXI, p. 203.

La jurisprudence a adopté une solution mixte : l'inscription rétablie est une nouvelle inscription qui n'a rang qu'à partir de sa date et est primée par toutes les inscriptions antérieures ; une restriction est faite : l'inscription, en général, reprend son effet à l'égard des créanciers ou des divers acquéreurs dont les titres ont été inscrits ou transcrits dès avant la radiation.

Cet état de choses a pour inconvénients de laisser une grande responsabilité au conservateur des hypothèques et de diminuer la garantie effective des porteurs d'effets. Aussi certaines législations ont-elles recherché un remède pour combattre ces défauts. C'est ainsi qu'en Belgique, une loi du 15 avril 1889 a pris des mesures relatives à l'un et à l'autre inconvénients.

I. — Cette loi donne d'abord au porteur des titres négociables, souscrits en vertu d'un acte d'ouverture de crédit, la faculté de suspendre par une opposition les effets des actes de mainlevée ou autres qui porteraient atteinte à son droit; l'opposition doit être signifiée au conservateur des hypothèques et au créancier et contenir élection de domicile dans l'arrondissement. Le conservateur, est tenu de la transcrire en marge de l'inscription, et mention de cette transcription doit être faite au bas de l'original de l'exploit.

Avec cette précaution, le créancier ne peut donc pas porter préjudice au porteur d'effets négociables par une mainlevée inopinée de son inscription d'hypothèque.

II. — Le conservateur des hypothèques engage sa res-

ponsabilité s'il consent à radier l'hypothèque avant que le solde final du crédit ouvert soit liquidé. Voici une hypothèse que nous empruntons à l'ouvrage de M. Falloire sur l'ouverture de crédit, page 274 : Un crédit, garanti par une hypothèque, est ouvert jusqu'à concurrence de 10.000 francs. Il est réalisable en effets de commerce ; le créiteur et le crédité prennent des arrangements, et, de commun accord, mainlevée de l'hypothèque est donnée. Le conservateur opère la radiation. Puis le crédité, propriétaire de l'immeuble, vend à un tiers cet immeuble qu'il croit, et qui est, en effet, par suite de la radiation, libre d'hypothèque. Pendant le cours du crédit, le créiteur a endossé des effets de commerce qui sont impayés à l'échéance. Le créiteur et le crédité tombent en faillite. A qui s'adresseront les porteurs qui n'ont maintenant aucun recours sérieux contre les signataires des traites ? Ils se retourneront soit contre l'acquéreur qui exercera une action en garantie contre le conservateur des hypothèques, soit directement contre ce dernier si l'acquéreur n'est pas responsable. En tout état de cause ce sera le conservateur qui supportera les conséquences de la radiation. »

La loi belge de 1889 vient à son aide d'une façon très simple : le créiteur a le droit de disposer de l'hypothèque, donc de donner mainlevée. Les tiers porteurs ont le droit de faire opposition ; à défaut de cette opposition, la mainlevée se fera de la même manière que la main-

levée des hypothèques données pour garantir une dette déterminée.

Il y a dans cette loi belge un moyen très efficace de protection pour les tiers porteurs d'effets et pour le conservateur des hypothèques, et une pareille innovation est à ajouter à nos lois. Elle est d'ailleurs en bonne voie de réalisation : dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire voté par le Sénat en 1909 (1), nous lisons le paragraphe suivant destiné à compléter l'article 2183 du code civil :

« Le tiers porteur d'effets créés en vertu d'une ouverture de crédit, à la sûreté de laquelle a été consentie une hypothèque, peut *s'opposer* à la radiation de l'inscription profitant aux tiers porteurs jusqu'à concurrence du solde final du compte, par une notification faite au conservateur des hypothèques.

« Cette notification doit contenir élection de domicile dans l'arrondissement ; il en sera fait mention par le conservateur en marge de l'inscription et sur l'original de l'exploit.

« L'opposition n'aura son effet que pendant deux ans de sa date ; elle pourra être renouvelée.

« A défaut de cette notification, le conservateur opère valablement la radiation sur la seule mainlevée du créateur originaire. »

L'adoption définitive de ce projet ne paraît pas faire

(1) Circulaire trimestrielle du Comité des notaires des départements, n° 287.

de doute, car il n'a soulevé, lors de sa préparation, aucune discussion : la constitution d'hypothèque ne pourra que prendre de ce fait une importance encore plus grande dans l'ouverture de crédit et les tiers seront par là encouragés encore davantage à accepter les billets souscrits par le crédit.

SECTION II. — Radiation et réduction de l'Hypothèque

La radiation et la réduction des hypothèques sont deux opérations qui ont entre elles une grande connexité en ce qu'elles tendent toutes deux à débarrasser en tout ou en partie l'immeuble du débiteur de l'hypothèque qui la grève.

« La radiation d'une inscription est la déclaration par laquelle on fait connaître qu'elle est désormais à considérer comme non avenue » (Aubry et Rau).

La réduction d'une inscription est sa radiation partielle, en ce qui concerne soit les immeubles sur lesquels elle porte, soit la somme dont elle est destinée à garantir le paiement. Les règles qui assurent le fonctionnement de la radiation s'appliquent en général à la réduction : nous confondrons donc leur principe dans la même section.

Une inscription d'hypothèque peut être rayée ou réduite volontairement par le créancier ou judiciairement à la demande du débiteur. Ce principe s'applique dans toute son étendue lorsque l'hypothèque garantit une ou-

verture de crédit : c'est au créiteur à demander la radiation ou la réduction; mais en présence du mauvais vouloir ou de la simple négligence de celui-ci, le crédit s'adressera aux tribunaux pour entendre prononcer la radiation ou la réduction demandées.

Quelle preuve devra fournir le crédit pour obtenir gain de cause? Il devra prouver nécessairement que le crédit a pris fin et qu'il a payé le solde du crédit, qui constituait la créance du créiteur. Cette preuve n'est pas difficile à faire quand il s'agit d'avances pécuniaires ou de marchandises : le compte arrêté donnera le détail des opérations intervenues. Mais si l'acte d'ouverture de crédit permet la négociation d'effets de commerce, le crédit pourra-t-il se borner à produire le résultat des opérations au moment de la clôture du crédit? C'est une question délicate. Le solde final du crédit est seul garanti par l'hypothèque ; or ce solde ne peut pas être établi à la clôture du crédit s'il y a des traites en circulation : le retour de ces traites impayées à l'échéance vient grossir ce solde ; l'hypothèque ne pourra donc être radiée que si le compte complètement apuré ne fixe aucune créance en faveur du créiteur : seule la péremption de dix ans pourra la faire disparaître.

Il en est de même en cas de réduction de l'hypothèque. Si la radiation est ordonnée par jugement, le conservateur a le droit de refuser la radiation si tous les créanciers ne sont pas en cause; il pourrait craindre, avec

juste raison, un recours de la part des tiers porteurs en cas d'insolvabilité des souscripteurs de l'effet.

SECTION III. — Subrogation par le crédit.

Caution réelle. — Délégation.

L'exposé de la subrogation dans l'ouverture de crédit, que nous avons déjà ébauché, serait incomplet, si nous ne disions quelques mots des effets qu'elle peut produire lorsqu'elle est consentie par le crédit. Dans une section insérée au chapitre précédent, nous ne nous sommes, en effet, occupés que de la subrogation consentie par le créiteur; mais la subrogation dans les droits du créiteur peut aussi s'opérer par le fait du crédit; cette opération suppose la réunion de certaines conditions; il faut notamment que le crédit soit devenu débiteur du créiteur par un ou plusieurs versements de sommes prévues au contrat d'ouverture du crédit; il est nécessaire, si toutes les sommes n'ont pas été versées, que la durée assignée au crédit soit arrivée à son terme, ou bien que le contrat puisse prendre fin par la volonté d'un seul des contractants; on se trouve alors simplement en présence d'un créancier et d'un débiteur; dans ce cas, l'article 1250, 2° du code civil, peut s'appliquer; la subrogation aura lieu si le débiteur (crédité) emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier.

Si le crédit est déjà réalisé, si le solde est liquide, une

pareille subrogation est certainement possible, et ne présente aucune difficulté, car on n'a pas besoin du concours du créiteur; il n'y a plus, en effet, en présence qu'un débiteur et qu'un créancier. Mais, quand le crédit est en cours, et qu'il doit encore continuer, c'est différent; dans ce cas, la subrogation est encore possible; mais le consentement du créiteur est alors nécessaire; car, il ne s'agit plus ici d'un simple paiement, mais de son exclusion d'un contrat qu'il a consenti dans la vue de bénéfices à réaliser; si la subrogation s'opérait sans son consentement, il pourrait en résulter pour lui un dommage; son intervention est donc nécessaire à l'acte.

En dehors de la subrogation, l'ouverture de crédit peut encore donner lieu à une autre opération utile au crédit; il peut céder purement et simplement sa place à un tiers, qui s'engage à remplir toutes ses obligations et à bénéficier de tous ses droits, mais avec le consentement du créiteur; cela ressemble beaucoup à la novation par changement de débiteur : l'utilité d'un pareil acte ressort dans plusieurs hypothèses; en voici deux exemples pratiques :

Le contrat d'ouverture de crédit peut contenir une clause d'après laquelle le crédit peut cesser avant le terme fixé pour la clôture, mais d'un commun accord entre le créiteur et le crédit; or, il se peut que le crédit ne veuille plus profiter du crédit ouvert, mais qu'il ne puisse se dégager du contrat par suite du refus du créiteur, basé sur une clause du contrat. Cela peut

avoir de gros inconvénients si l'acte contient une constitution d'hypothèque : voilà le crédité obligé de supporter cette hypothèque jusqu'au terme fixé pour la fin du crédit, sans pouvoir en obtenir la mainlevée; c'est pour lui une occasion de se substituer un tiers qui prendra à son compte le contrat d'ouverture de crédit et qui s'obligera à en supporter toutes les charges.

2° Il se peut encore que le crédité ait mené à bonne fin son exploitation : il fait une riche affaire en la cédant; il pourrait alors, d'après les termes de la convention de crédit, mettre fin à celui-ci, d'accord avec le banquier; mais l'acquéreur de l'exploitation, n'ayant pas suffisamment de capitaux, désire, pour ne pas se trouver gêné à un moment donné, continuer le crédit de son prédécesseur : il n'a pour cela qu'à obtenir de celui-ci une subrogation vis-à-vis du créiteur, et l'exploitation reprendra son cours normal.

Le changement dans la personne du crédité peut encore affecter une forme spéciale; le crédité, en se substituant un tiers qui touchera les sommes prévues au contrat, peut ne pas demander, ou ne pas obtenir en l'ayant demandé du créiteur, la mainlevée de l'hypothèque donnée en garantie; il reste engagé de ce chef et nous apparaît alors comme une caution réelle du subrogé.

Il peut se faire, en effet, pour reprendre l'hypothèse formulée plus haut, que le crédité, voyant ses affaires prospérer, veuille céder son exploitation à un tiers en

même temps que son droit au crédit ouvert qui est en cours.

Mais le tiers acquéreur n'a aucune sûreté à donner au créiteur : il sollicitera donc le crédit de rester partie à l'acte au moins quant à la garantie qu'il a fournie ; si celui-ci accepte, il remplira le rôle d'une caution réelle.

C'est tout ce qu'il y a de plus licite : et dans la pratique, cela ne peut guère donner lieu à des difficultés ; le cédant ne pourra obtenir mainlevée de son hypothèque qu'à l'extinction du crédit, une fois le solde réglé.

La subrogation par le crédit peut encore affecter la forme de la délégation : le crédit charge son débiteur de payer sa dette au créiteur ; cela simplifie les opérations et présente des avantages, surtout au commerce, où les affaires demandent à être traitées avec rapidité et les paiements à être faits avec ponctualité. En cas de délégation imparfaite, c'est-à-dire si le crédit ne se substitue pas entièrement son débiteur, mais reste engagé avec lui, il y aura deux débiteurs au lieu d'un, ce qui augmentera les chances du créiteur d'être remboursé de la créance qui résultera du solde final.

SECTION IV. — Purge de l'hypothèque.

Dans la définition de la purge, il faut distinguer deux choses, le fond et la forme.

Au fond, la faculté de purger est « un bénéfice légal accordé au détenteur d'un immeuble hypothéqué, qui lui

permet d'affranchir son immeuble de tous privilèges et hypothèques, en offrant et en payant aux créanciers la somme qui représente la valeur vraie de l'immeuble » (1).

Dans la forme, « la purge est la procédure organisée par la loi pour arriver à la fixation du prix de l'immeuble et du passif hypothécaire qui le grève, ce qui est la double condition nécessaire pour en réaliser la libération » (2).

Nous sortirions du cadre de cette étude si nous nous étendions sur les conditions d'application et sur les effets de la purge; nous n'avons à nous occuper que des particularités qu'elle présente lorsqu'elle se place à la fermeture d'un crédit, ou lorsque, pendant le cours du crédit, on vend l'immeuble hypothéqué.

De la double définition donnée ci-dessus, la deuxième seule s'applique ici; en effet, la purge, au fond, est toujours identique à elle-même dans tous les cas : c'est la forme seule qui varie suivant l'objet du contrat.

L'acquéreur d'un immeuble grevé d'une hypothèque garantissant un crédit ouvert, fera la purge de cet immeuble en faisant au créancier les notifications prescrites pour les créanciers ordinaires par les articles 2181 et suivants du code civil. Il déclarera acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur déclarée; à défaut de surenchère, l'ac-

(1) Planiol, t. II, n° 3274 *bis*.

(2) Planiol, t. II, n° 3274 *bis*.

quéreur se libérera soit en payant aux créanciers, en ordre utile, les créances exigibles, soit en consignat le prix jusqu'à concurrence de ces créances; mais tout cela c'est l'application du droit commun et ne présente aucune difficulté.

Il est bien plus intéressant de savoir entre les mains de qui l'acquéreur versera le prix, lorsque l'immeuble est affecté à une ouverture de crédit?

Deux hypothèses sont à considérer suivant que l'immeuble est vendu après la fermeture ou pendant le cours du crédit :

1° Supposons d'abord que la vente a lieu après la fermeture du crédit; dans ce cas, c'est le créditeur lui-même qui, le compte établi, poursuit la vente; ce peut être aussi le syndic, si le créditeur est tombé en faillite.

Pour l'attribution des deniers, il faut distinguer suivant la façon dont le crédit s'est réalisé : s'il s'est réalisé par simples versements de numéraire, l'acquéreur se libérera en versant entre les mains du créditeur le montant du solde final dûment justifié. La somme excédant la valeur de l'hypothèque ne confère, cela va de soi, au créancier que le titre de créancier chirographaire.

Si le crédit s'est réalisé en effets de commerce, il faut alors tenir compte de l'intérêt des tiers porteurs de ces effets ; on ne peut pas imposer à l'acquéreur l'obligation de les rechercher, car le bordereau d'inscription ne mentionne aucun des porteurs d'effets : dès lors,

comment l'acquéreur pourrait-il leur faire les offres à fin de purge ? Et pourtant, ces porteurs d'effets ont un droit incontestable sur l'immeuble ; c'est donc à eux à se faire connaître, car les actes authentiques ne portent comme créancier hypothécaire que le créiteur.

Mais, ces tiers qui prétendent avoir un droit à une partie ou à la totalité de l'hypothèque, peuvent voir leurs revendications contestées par le créiteur. L'acquéreur ferait bien alors de déposer le prix à la caisse des Dépôts et Consignations : un jugement interviendra pour savoir à qui cette somme doit être remise.

Cet inconvénient pour les tiers pourrait être supprimé par le législateur ; c'est déjà fait en Belgique, où la loi du 15 avril 1889 déjà citée, donne aux tiers le pouvoir de faire opposition entre les mains du conservateur des hypothèques, et par là met l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué dans l'obligation de faire aux tiers les mêmes notifications qu'au créiteur.

2° L'immeuble peut être vendu au cours du crédit. Cela ne peut nuire en rien au créiteur, puisqu'il possède le droit de suite ; mais une difficulté surgit de l'interprétation de l'article 2,184, qui s'exprime ainsi : « L'acquéreur déclarera qu'il est prêt à acquitter sur le champ les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. »

Comment cet article peut-il s'appliquer à l'ouverture de crédit ? Il est difficile de soutenir que l'acquéreur

puisse, en rendant la créance du créiteur exigible, mettre fin au crédit. Le créiteur a le droit de continuer les opérations avec le crédit, jusqu'au terme fixé pour la convention; il pourra, par suite d'un accord avec le crédit, interrompre le contrat d'ouverture de crédit; mais s'il préfère le continuer, ce n'est pas l'acquéreur qui pourra l'en empêcher: la convention de crédit est étrangère à ce dernier.

D'un autre côté, il serait bien rigoureux pour l'acquéreur de le priver de tout moyen de dégrever l'immeuble de l'hypothèque qui pèse sur celui-ci; il fait la purge pour avoir une propriété quitte et libre. La nature spéciale de l'ouverture de crédit, empêche de déterminer au moment de la vente, l'importance réelle de l'hypothèque. Jusqu'à la clôture de ce contrat, sa valeur est indéfinie. Faut-il dès lors que l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué remette, dans ces conditions, la valeur complète ou la partie de l'hypothèque venant en ordre utile entre les mains du créiteur? Cela ne paraît pas possible; le moyen le plus pratique à employer nous semble être le suivant: il faut colloquer pour mémoire le crédit garanti par l'hypothèque (créance éventuelle), et déposer à la caisse des Dépôts et Consignations le prix ou la part du prix afférent à cette hypothèque pour être réservé au créiteur.

SECTION V. — Extinction de l'hypothèque.

L'hypothèque garantissant une ouverture de crédit est soumise aux mêmes modes d'extinction que celle donnée pour sûreté d'une créance ordinaire; nous nous contenterons donc d'examiner ces modes superficiellement. Toutefois, quelques difficultés pouvant surgir à propos de l'application de certains d'entre eux, nous aurons l'occasion de nous livrer à leur sujet à quelques développements.

L'hypothèque garantissant un crédit ouvert peut s'éteindre d'une façon accessoire ou d'une façon principale.

D'abord, elle s'éteindra toujours accessoirement par la disparition de l'obligation principale (2180, 1^o code civil). Ici, l'obligation principale, c'est le paiement par le crédité du solde final ou du reliquat du compte-courant. Il est tout naturel que, quand ce paiement aura été fait, la charge hypothécaire disparaisse. De plus, si la balance établie à la fin du compte-courant ne fait pas ressortir une dette pour le crédité, le créiteur n'étant plus désormais tenu à verser la moindre somme; le crédité n'aura pas davantage l'obligation de restituer quoi que ce soit : d'où inutilité d'une garantie pour un paiement qui n'a plus de raison d'être.

Toutefois, en cela paraît surgir une contradiction émanant de nos raisonnements antérieurs. Nous avons admis, en effet, que l'hypothèque constituée pour garan-

lie d'une ouverture de crédit était, de par sa nature juridique, non un droit accessoire supposant la validité d'une créance principale, mais un droit principal existant indépendamment de toute créance. Comment expliquer dès lors que l'hypothèque, droit principal, s'éteigne par l'extinction d'un autre droit principal, la créance, ou par l'expiration du délai fixé pour la naissance de cette créance ? Rien n'est plus simple ; l'hypothèque existe, il est vrai, indépendamment de la créance qu'elle garantit ; mais elle est limitée quant aux sommes qu'elle protège ; il ne faut pas oublier, en effet, que l'hypothèque est le droit pour le créancier de retirer de l'immeuble hypothéqué une certaine somme d'argent, à double concurrence de la valeur de l'immeuble et de la créance garantie. Dès lors l'hypothèque n'aura plus de raison d'être quand la durée fixée pour le versement de ces sommes se sera écoulée sans qu'un versement ait eu lieu ; mais si les sommes ont été avancées, son caractère change alors ; de droit principal elle devient accessoire et dès lors son sort demeure lié à celui de l'obligation principale.

Dans ce dernier cas, si l'extinction de l'obligation n'était que partielle, l'hypothèque ne disparaîtrait pas ; elle continuerait à garantir la partie de la créance restant due (1).

L'extinction de l'obligation principale suppose non

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, 2245.

seulement le paiement, mais encore toutes les causes prévues à l'article 1234 du code civil ; peu importe le mode employé. L'extinction se produira encore quand le crédit prendra fin, soit par l'arrivée du terme fixé, soit par l'épuisement du montant du crédit, soit par la réalisation d'une clause résolutoire, soit enfin par la dénonciation du contrat, si cette faculté a été inscrite dans la convention ; il faut ajouter à cette énumération les causes provenant de l'incapacité survenue à l'un des contractants, telles que : la faillite, la déconfiture, l'interdiction ou l'absence ; mentionnons enfin la mort du créancier ou du crédité, et la perte de l'immeuble.

L'hypothèque peut aussi cesser d'exister d'une façon principale, c'est-à-dire indépendamment de l'extinction ou de la non-extinction de l'obligation principale, en l'espèce, du crédit ouvert : les causes en sont les mêmes pour les différents cas où intervient une hypothèque : il faut s'en rapporter à l'article 2180 du code civil qui nous en cite trois : la renonciation du créancier, la prescription de l'action hypothécaire et la purge.

De ces trois causes, les deux premières n'offrent guère de difficultés dans l'ouverture de crédit ; seule la purge est plus délicate : mais nous en avons déjà fait l'objet d'une section spéciale.

La renonciation du créancier, c'est-à-dire du créancier, arrivera rarement en pratique ; en tout cas, si elle se produit, quoique le délai fixé ne soit pas échu, ou que les sommes promises n'aient pas été versées intégrale-



ment, il faudra établir le compte, et l'hypothèque disparaîtra, suivant le cas, ou bien dans la mesure où elle garantit ce compte, ou bien totalement.

Le droit hypothécaire peut prendre fin aussi par la prescription extinctive ; il n'y a pas lieu de reprendre ici la longue théorie de cette prescription, ni d'examiner les nombreuses difficultés auxquelles elle donne lieu ; rappelons-en seulement les traits essentiels : elle s'accomplit au profit du tiers détenteur, non personnellement obligé à la dette ; elle suppose en effet que l'immeuble est sorti des mains du débiteur : elle ne peut donc pas s'exercer par le fait du crédit alors qu'il possède encore l'immeuble.

Quoique extinctive de sa nature, cette hypothèque exige, comme l'usucapion, la condition d'une possession réunissant les caractères déterminés par l'article 2229 du code civil.

Elle s'accomplit au bout de 30 ans en vertu de cette possession même, sans autre condition, et par 10 à 20 ans lorsque le tiers détenteur a acquis par juste titre et de bonne foi l'immeuble grevé d'hypothèques (2180, 4° du code civil).

Entièrement distincte de l'usucapion de la propriété, la prescription dont il s'agit n'est pas subordonnée à l'accomplissement de cet usucapion et n'en est pas une conséquence nécessaire.

La bonne foi, requise en cette matière pour la prescription de 10 à 20 ans, consiste dans l'ignorance des

charges hypothécaires dont l'immeuble acquis se trouve grevé : la bonne foi est toujours présumée en faveur du tiers détenteur, et c'est aux créanciers hypothécaires qui allèguent sa mauvaise foi, à la prouver.

L'application de ces principes à l'hypothèque constituée pour garantir une ouverture de crédit ne présente aucune particularité : le créiteur devra donc faire preuve d'une certaine vigilance s'il veut se trouver à l'abri de l'extinction de son droit hypothécaire par la prescription extinctive

CHAPITRE IV

Responsabilité encourue à l'occasion de la constitution d'hypothèque dans l'ouverture de crédit par le notaire et par le conservateur des hypothèques

Lorsque le contrat d'ouverture de crédit est garanti par une hypothèque, sa confection exige l'intervention de deux personnages distincts dont la responsabilité peut être mise en jeu par le fait même de ce contrat ; nous voulons parler du conservateur des hypothèques et du notaire.

I. - Nous avons eu déjà l'occasion, dans un chapitre précédent, de nous occuper du conservateur des hypothèques et nous ne devons pas ici passer en revue toutes les hypothèses dans lesquelles sa responsabilité est en jeu : qu'il nous suffise de rappeler qu'aux termes de l'article 2197 du code civil, ces fonctionnaires répondent « du préjudice résultant : 1° de l'omission sur leurs registres des inscriptions requises en leurs bureaux ; 2° du défaut de mention dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs

des inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provint de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées. »

En dehors de l'application générale de ce principe, un seul point nous intéresse : c'est lorsque l'acte d'ouverture de crédit permet la négociation d'effets de commerce. Dans ce cas, le conservateur devra agir avec une extrême prudence quand il s'agira d'opérer une radiation ou simplement une réduction d'hypothèque : il n'effectuera l'une ou l'autre en toute sécurité que si le compte complètement apuré ne fixe aucune créance en faveur du créancier.

Lors même que le tribunal civil ou la Cour d'appel ordonnerait la radiation, la doctrine admet que le conservateur a le droit et le devoir de refuser la radiation si les créanciers ne sont pas en cause (1). Qui sait en effet s'il ne surgira pas plus tard un tiers porteur qui viendra réclamer sa part dans l'hypothèque ? La décision judiciaire constate bien que rien n'est dû par le crédit au créancier ou que le premier a remboursé le second ; mais ce n'est là qu'une chose jugée entre deux personnes déterminées. Le tiers porteur pourrait démontrer par la production d'une traite impayée que c'est par erreur que le solde a été considéré comme définitivement arrêté.

Nous admettons donc avec de bons auteurs (2) que la

(1) Laurent, XXXI, n° 186 ; Pont, II, n° 1904.

(2) Troplong, t. IV, n° 1000 ; Martou, t. IV, n° 1608.

radiation d'une inscription hypothécaire irrégulièrement opérée pouvant être pour un créancier, en l'espèce un tiers porteur, une cause de préjudice, il en résulte que la responsabilité du conservateur est encourue.

II. — La confection d'un contrat d'ouverture de crédit garanti par une hypothèque met aussi en jeu la responsabilité du notaire rédacteur de l'acte.

Il est en effet unanimement admis en doctrine et en jurisprudence que le notaire n'est pas simplement un officier ministériel, tenu de prêter son ministère pour constater et rédiger les volontés des parties. Il a une mission plus élevée ; il est le conseil des parties ; il doit donner des avis, éclairer les contractants sur la nature et les conséquences juridiques des actes qu'ils posent, les avertir des précautions légales qu'ils doivent prendre pour assurer l'efficacité de ces actes. L'omission de ces devoirs peut entraîner sa responsabilité.

Il a été jugé notamment que les notaires ne sont pas les rédacteurs passifs des actes passés devant eux ; ils doivent leurs conseils aux parties et sont tenus de veiller à l'observation des formalités dont l'absence pourrait compromettre les intérêts de ces parties ; leur responsabilité à cet égard est d'autant plus grande que les contractants sont des gens illettrés et sans aucune connaissance des affaires (1).

La responsabilité du notaire peut se trouver engagée

(1) Dalloz, 1854, 2, 73.

en raison des vices de forme qu'il peut commettre, si, par exemple, l'acte d'ouverture de crédit n'a pas été signé par l'une des parties contractantes, et aussi pour insuffisance des garanties hypothécaires fournies par le crédit, si l'officier public s'est fait l'intermédiaire de l'ouverture de crédit.

Ainsi il a été jugé que le notaire, qui s'entremet pour la négociation d'une ouverture de crédit, indique le débiteur et le représente à tort comme pouvant donner une première hypothèque sur ses immeubles, est responsable des suites du placement défectueux qu'il a procuré au créancier.

Pourtant, comme dans l'ouverture de crédit on se trouve généralement en présence d'un banquier et d'un commerçant, ou d'une personne qui a l'habitude de manier les capitaux, il est possible que le notaire exerce un rôle plus effacé.

D'autre part, il arrive fréquemment que les contractants ont stipulé à l'avance et par acte sous-seing privé le contrat d'ouverture de crédit ; ils viennent chez le notaire uniquement pour la constitution d'hypothèque qui nécessairement doit avoir lieu par acte authentique. Dans ce cas, la responsabilité du notaire ne sera encourue que par une mauvaise rédaction de l'acte ; sa faute ne pourra être que matérielle.

D'autre part le notaire se trouve limité dans ses pouvoirs par deux séries de règles, relatives les unes aux avances d'argent qu'il pourrait être tenté de faire, les

autres, au principe, qu'il doit observer rigoureusement, de ne pouvoir rédiger des actes dans lesquels il est lui-même partie.

I. *Maniement des fonds.* — Le notaire est souvent appelé, surtout dans les petits centres, où autant que dans les grands il jouit de l'estime générale et où on le consulte à tout propos, à faire office de banquier. Il peut être sollicité de prêter des fonds et de placer des sommes ; il pourrait même aller jusqu'à ouvrir des crédits. Cet état de choses a existé en fait pendant longtemps en France et avait fini par attirer des désagréments fâcheux à l'estimable corporation des notaires. C'était pourtant prohibé par la loi du 25 ventôse an XI ; aussi, à la suite de nombreux désastres qui s'étaient produits dans le notariat, l'ordonnance du 4 janvier 1843, qui réorganisa la Chambre des notaires et réglementa la discipline, vint édicter un certain nombre de prohibitions destinées à empêcher les notaires de se livrer à des actes considérés comme dangereux ; les prohibitions qui résultent de la loi de ventôse se trouvent maintenues ; de plus en vertu de l'article 12 de l'ordonnance de 1843, il est interdit aux notaires soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées, soit directement, soit indirectement de se livrer à aucune opération de commerce, banque, escompte et courtage.

Le décret du 30 janvier 1890 est venu renouveler et renforcer ces prohibitions ; l'article 1^{er} dit qu'il est inter-

dit aux notaires « de recevoir ou de conserver des fonds à charge d'en servir l'intérêt. »

II. *Rédaction de l'acte.* — Un principe qui domine tout le notariat est qu'un notaire ne peut rédiger l'acte dans lequel il est lui-même partie ou directement intéressé ; il ne pourra donc passer des actes d'ouverture de crédit dans son propre intérêt, soit qu'il agisse comme créancier, soit comme crédité ; s'il le faisait, l'acte aurait la valeur d'un simple sous-seing privé et ne pourrait par conséquent conférer l'hypothèque.

Il se peut néanmoins que le notaire ne figure pas directement à l'acte, mais qu'il s'y substitue un prête-nom ; dans ce cas, le contrat sera nul ; la Cour de cassation en a jugé ainsi dans un arrêt du 13 février 1883 (1). Il s'agissait d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Bourges, qui confirmait un jugement du tribunal civil de Clamecy, annulant des actes d'ouverture de crédit, par ce motif que le notaire qui les avait reçus y était intéressé, et rejetant les collocations qui y étaient relatives, au cours d'un ordre ouvert sur le prix d'immeubles expropriés sur le crédité.

Parmi les moyens invoqués dans le pourvoi en cassation figurait, entre autres, la violation de l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI, des articles 1319 et 2127 du code civil et de l'article 18 du code de commerce, en ce que l'arrêt attaqué avait refusé de donner effet aux actes

(1) Dalloz, 1884, 1, 31.

reçus par M^e Deboisse, sans qu'il ait été légalement justifié que ce notaire y ait eu un intérêt personnel.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi par ces motifs : « que l'arrêt dénoncé déclare en fait que les actes d'ouverture de crédit des 28 et 31 décembre 1869, reçus par le notaire Deboisse, ont été en réalité souscrits pour le compte et dans l'intérêt de cet officier public, dont Filias et Plouet, bénéficiaires, apparents desdits contrats n'ont été que les prête-noms ; — qu'en cet état des faits dont l'appréciation souveraine appartenait au juge du fond, l'arrêt attaqué, en décidant que le notaire Deboisse n'avait pu donner à ces actes le caractère de l'authenticité avec les effets légaux qu'elle comporte, loin de violer les textes de loi invoqués par le pourvoi, en a fait une juste application ».

Cet arrêt est parfaitement d'accord avec l'esprit de la loi de ventôse : de plus, lorsque ces actes sont attaqués pour fraude à la loi, les juges peuvent se fonder sur des présomptions graves, précises et concordantes pour les annuler à raison de la participation intéressée du notaire, et leur décision à cet égard échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il résulte de ce qui précède que les notaires se trouvent soumis à l'observation de règles assez sévères, leur mission est entourée des garanties les plus fortes pour les personnes qui ont recours à leurs offices ; aussi croyons-nous que le législateur doit s'arrêter dans cette voie de prohibitions, fortement marquée, d'une façon

successive et renforcée, par la loi de ventôse, l'ordonnance de 1843 et le décret de 1890 (1); il est de toute évidence, soit qu'on consulte l'intérêt du notariat, soit qu'on prenne souci des intérêts privés, qu'on ne peut que souscrire à l'opinion émise par un éminent jurisconsulte, Troplong (2), qui écrivait : « Il n'est pas bon de pousser à l'excès la responsabilité des notaires, et il ne faut pas environner de trop de périls leurs fonctions déjà si délicates. »

(1) Il est question d'augmenter encore la responsabilité et de créer dans tout le corps du notariat en France une solidarité en vertu de laquelle les notaires seraient tous responsables collectivement des catastrophes financières dont leurs confrères pourraient être cause. Mais on ne songe nullement aux compensations qui seraient bien dues tant en raison des difficultés inhérentes à l'exercice de la profession, que des responsabilités qui lui incombent et qu'une jurisprudence chaque jour plus sévère tend à aggraver.

(2) *Traité du mandat*, n° 26.

CONCLUSION

Nous pouvons conclure de cette étude que la constitution d'hypothèque, telle qu'elle a été appliquée dans les détails par la jurisprudence à l'ouverture de crédit, en est arrivée à un point de développement suffisant ; les différents arrêts auxquels elle a donné lieu, toujours dans le même sens depuis un demi-siècle, en ont définitivement fixé les règles et ont ainsi éclairci les points délicats ou obscurs que pouvait présenter la matière. On ne connaît plus à ce sujet de discussion dans la doctrine.

Une réglementation législative serait chose facile et, de plus, très utile : quelques modifications seraient à introduire dans nos usages, surtout dans le sens de la protection à accorder à certaines personnes ; nous avons vu notamment que les tiers porteurs d'effets souscrits pouvaient se voir privés de la garantie hypothécaire ; il y aurait là certainement quelque chose à faire en leur faveur, comme l'a fait la loi belge de 1889 et comme le propose la loi votée par le Sénat ; on pourrait aussi atténuer dans le même cas la responsabilité du conservateur des hypothèques.

De plus, on pourrait reproduire pour la matière qui nous occupe l'article 4 de la loi de 1853 sur le Crédit Foncier : le rang de l'hypothèque quoique bien établi, ne pouvait plus prêter à discussion. Il est d'ailleurs actuellement question d'une réforme hypothécaire : parmi les vœux formulés dans ce but, nous relevons une demande d'après laquelle les simples particuliers auraient le droit de faire des prêts conditionnels dans les mêmes conditions que les sociétés du Crédit Foncier (1). Cela serait très favorable à l'ouverture de crédit et en faciliterait l'extension par une sécurité beaucoup plus grande qui serait ainsi offerte au créancier.

Mais à supposer que l'on doive ainsi ajouter sur ce sujet quelques articles à nos lois, de quel code faudrait-il les faire participer, du code civil ou du code de commerce ?

Au premier abord, la place toute indiquée semble se trouver au code civil ; d'abord parce que nous trouvons chez lui toutes les règles relatives aux hypothèques ; ensuite parce que c'est un sujet commun aux personnes qui font du commerce et à celles qui n'en font pas, et qu'en présence d'une règle d'ordre général et ayant trait à plusieurs branches, c'est le code civil qui est naturellement tout indiqué pour la recevoir.

Mais ces arguments ne nous convainquent pas : notre opinion est qu'une loi, ayant pour objet de consacrer les

(1) Circulaire trimestrielle du Comité des notaires des départements, nos 285 et 287.

principes déjà anciens qui gouvernent la garantie hypothécaire dans l'ouverture de crédit, serait mieux à sa place dans le code de commerce.

La raison pour laquelle il faudrait l'inscrire au code civil, tirée de ce que les hypothèques y sont déjà inscrites, n'est pas convaincante, parce que dans une bonne législation la place des hypothèques n'est pas au code civil; dans d'autres pays, où l'on a légiféré postérieurement à nous, on a agi plus juridiquement : c'est ainsi qu'en Allemagne on a inscrit la matière des privilèges et hypothèques dans la loi des faillites (Concursordnung de 1898).

De plus, dans la généralité des cas, une personne sur deux, le créateur, qui est souvent un banquier, est commerçante, sinon toutes les deux ; si l'on considère aussi que les habitudes de la vie civile tendent de plus en plus à revêtir les formes commerciales, on est obligé de conclure qu'en inscrivant des principes régissant une pareille matière au code civil, on ferait fausse route.

Enfin en dernier lieu, une excellente rénovation à faire serait celle des cédules hypothécaires : on en a fait souvent valoir les bienfaits, notamment pour l'agriculture : l'ouverture de crédit intéresse autant l'agriculteur que le commerçant. Nous avons parlé plus haut de la loi allemande ; nous devons la citer encore pour dire tout le profit qu'elle procure à ceux qui dépendent d'elle, par la création des « bons fonciers » déjà étudiés. Nous avons vu tous les avantages que l'on pourrait tirer d'une telle

institution : disons, en terminant, qu'elle viendrait fort heureusement compléter l'organisation déjà très pratique de l'ouverture de crédit garantie par la constitution d'hypothèque.

Vu :

Le Doyen,

F. LARNAUDE.

Vu :

Le Président de la thèse,

R. PIÉDELIÈVRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	1
INTRODUCTION. — Le contrat d'ouverture de crédit	
et les garanties dont il est susceptible	7
SECTION I. — Qu'est-ce que l'ouverture de crédit ?	7
§ 1. — Définition, caractères généraux, le compte	
courant	8
§ 2. — Conditions de validité	13
§ 3. — Effets	15
SECTION II. — Du choix d'une garantie	19
Supériorité de l'hypothèque.	22
CHAPITRE PREMIER. — Constitution de l'hypothèque	
SECTION I. — Possibilité de constituer une pareille	
hypothèque	27
SECTION II. — Historique	31
SECTION III. — Conditions de fonds	36
SECTION IV. — Conditions de forme ; les cédulas	
hypothécaires	38
CHAPITRE II. — Obligations et droits du créancier	
SECTION I. — Inscription de l'hypothèque	50
SECTION II. — Son rang	62
SECTION III. — Subrogation par le créancier	72
APPENDICE. — Nature juridique de cette hypothèque	81

CHAPITRE III. — Faits et actes qui tendent à dégre-	
ver le crédit de son hypothèque.	85
SECTION I. — Mainlevé	85
§ 1. — Forme ; Difficultés relatives au cas de	
société et de faillite	86
§ 2. — Situation des tiers porteurs d'effets sous-	
crits par le crédit	88
SECTION II. — Radiation et réduction	95
SECTION III. — Subrogation par le crédit. Caution	
réelle. Délégation	97
SECTION IV. — Purge	100
SECTION V. — Extinction de l'hypothèque.	105
CHAPITRE IV. — Responsabilité encourue à l'occa-	
sion de ce contrat par le notaire et le conservateur	
des hypothèques	110
CONCLUSION	119

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER
